

Dolus Eventualis

Kandidatnummer: 682

Leveringsfrist: 25.04.2008

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17.840 ord

24.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Terminologi	1
1.3	Metode	2
1.4	Fremstillingen videre	3
<u>2</u>	<u>FORSETTSFORMENE I NORSK RETT</u>	<u>4</u>
2.1	Innledning	4
2.2	Visshetsforsett	4
2.3	Sannsynlighetsforsett	5
2.4	Hensiktsforsett	6
2.5	Dolus Eventualis	6
2.5.1	Innledning	6
2.5.2	Positiv innvilgelsesteori	7
2.5.3	En særlig bemerkning til konstruksjonen den hypotetiske innvilgelsesteori	8
2.6	Forsettets fellesnevner, ”innsikt” og ”beslutning”	10
<u>3</u>	<u>SÆRLIG OM GRENSEN MOT UAKTSOMHET</u>	<u>11</u>
3.1	Innledning	11
3.2	Grov, simpel og liten uaktsomhet	12
3.3	Bevisst og ubevisst uaktsomhet	12

3.4	Grensedragningen	13
<u>4</u>	<u>GRUNNVILKÅR OG TILLEGGSVILKÅR</u>	<u>14</u>
4.1	Innledning	14
4.2	Gjerningspersonen har ansett det som mulig	14
4.3	Gjerningspersonen må ha tatt en beslutning	16
4.3.1	Innledning	16
4.3.2	Rettspraksis om beslutning	16
4.3.3	Særtilfellet av bevisst uvitenhet	18
4.4	Beslutningens fasthet	19
4.4.1	Innledning	19
4.4.2	Teori	19
4.4.3	Rettspraksis	20
4.4.4	Oppsummering	26
<u>5</u>	<u>DOLUS EVENTUALIS SOM STRAFFEUTMÅLINGSMOMENT</u>	<u>28</u>
5.1	Innledning	28
5.2	Rettspraksis	28
5.3	Juridisk teori	29
5.4	Oppsummering	30
<u>6</u>	<u>DOLUS EVENTUALIS OG DE ULIKE DELIKTER</u>	<u>30</u>
6.1	Innledning	30
6.2	Hovedinndeling av de ulike deliktene	31
6.3	Følgedelikter og handlingsdelikter	31
6.3.1	Innledning	31

6.3.2	Dolus eventualis ved følgedelikter	32
6.3.3	Dolus eventualis ved handlingsdelikter	32
6.4	Ekte og uekte unnlatelsesdelikter	33
6.4.1	Innledning	33
6.4.2	Dolus eventualis ved ekte unnlatelsesdelikter	35
6.4.3	Dolus eventualis ved uekte unnlatelsesdelikter	37
6.5	Oppsummering	38
<u>7</u>	<u>DOLUS EVENTUALIS VED MEDVIRKNING</u>	<u>38</u>
7.1	Innledning	38
7.2	Fysisk og psykisk medvirkning	39
7.3	Medvirkerens utviste skyld	40
7.4	Dolus eventualis ved ekte medvirkningsdelikter	41
7.4.1	Innledning	41
7.4.2	Fysisk medvirkning	41
7.4.3	Psykisk medvirkning	43
7.5	Dolus eventualis ved uekte medvirkningsdelikter	44
7.5.1	Innledning	44
7.5.2	Fysisk medvirkning	45
7.5.3	Psykisk medvirkning	45
7.6	Oppsummering	45
<u>8</u>	<u>DOLUS EVENTUALIS OG FORSØK</u>	<u>46</u>
8.1	Innledning	46
8.2	Fullbyrdelsesforsett	47
8.3	Dolus eventualis som fullbyrdelsesforsett	47

8.4	Det utjenelige forsøk	48
8.5	Straffebud som kriminaliserer forsøkshandlingen	49
8.5.1	Innledning	49
8.5.2	Dolus eventualis ved forsøkshandlingen	49
8.6	Straffebud som kriminaliserer forberedelseshandlingen	50
8.6.1	Innledning	50
8.6.2	Dolus eventualis ved forberedelseshandlingen	51
8.7	Oppsummering	52
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>53</u>
<u>10</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Tema

Tema for oppgaven er forsettsformen *dolus eventualis*. *Dolus eventualis* er den mildeste formen for forsett, og markerer således avgrensningen nedad mot uaktsomhet. Sagt med andre ord representerer *dolus eventualis* den nederste terskelen for å kunne dømme for forsettelig overtredelse. Norsk strafferett krever utvist subjektiv skyld for å dømme for overtredelse, og bygger således på skyldprinsippet.¹ Prinsippet går i korthet ut på at gjerningspersonen skal ha utvist skyld for å kunne straffes for handlingen. Skylden blir delt inn i uaktsomhet (*culpa*) og forsett (*dolus*). Strl. § 40 krever, som hovedregel, forsett som skyldkrav når det gjelder forbrytelsene. Unntakene går frem av straffebudene, se f.eks. strl. §§ 192 (4) uaktsom voldtekt, 239 uaktsomt drap og 271a (grovt) uaktsomt bedrageri. For forseelsene er kravet derimot som hovedregel uaktsomhet. Der forsettet i noe upresis dagligtale kan defineres som at handlingen er gjort med ”viten og vilje”, vil uaktsomheten rette seg mot de tilfeller der gjerningspersonen burde ha handlet annerledes. For gjerningspersonen kan det være av meget vesentlig betydning å bli dømt for et uaktsomt forhold kontra et forsettelig. Strafferammen ved for eksempel drap vil variere fra inntil 3 år for uaktsomt, evt. 6 år under skjerpene omstendigheter, til inntil 15 år ved forsettelig drap.² Det er denne grensen mellom uaktsomhet og forsett, og herunder anvendelsen av den, jeg vil ta for meg i det følgende.

1.2 Terminologi

Dolus eventualis omfatter, som begrep, både formen positiv innvilgelsesteori og hypotetiske innvilgelsesteori. I forarbeider er *dolus eventualis* også omtalt med et annet

¹ Se Andenæs (2004) s. 76, Eskeland (2006) s. 263, Mæland (2004) s. 43 og Slettan/Øie (2001) s. 17.

² Se strl. §§ 233, forsettelig og 239, uaktsomt.

uttrykk, nemlig eventuelt forsett.³ I tillegg er forsettsformen kalt ”betinget forsett” i dommen inntatt i Rt. 1984 s 875, men den vanlige terminologien i dommer er dolus eventualis og/eller positiv innvilgelse. Jeg vil bruke dolus eventualis som betegnelse for den positive innvilgelsesteori, da den hypotetiske innvilgelsesteori ikke kan sies å være godtatt i norsk rett, se punkt 2.5.2.

I oppgaven prøver jeg å være konsekvent vedrørende ordbruken ”gjerningsperson,” eller hannkjønnsordet ”han.” Med gjerningsperson menes han eller hun som har overtrådt en gjerningsbeskrivelse i et straffebud. Terminologien er kjønnsnøytral kontra gjerningsmann, som vel er et mer kjent begrep i juridisk litteratur. Gjerningspersonen har mange benevnelser under gangen i en straffesak, fra mistenkt til siktet, tiltalt og så enten frikjente eller domfelte. I avsnittet under føler jeg det er mer naturlig å snakke om siktede, fremfor å snakke om gjerningspersonen. Dette er bare tradisjonsbundet terminologi og det ligger for så vidt ikke noe mer i det enn det.

1.3 Metode

Den juridiske metode på strafferettens område er i det alt vesentlige lik de andre rettsområdene og bygger i så måte på den alminnelige rettskildelære. Samtidig er det nødvendig med noen presiseringer. Av de viktigste for denne oppgaven er lovprinsippet, hvilket står meget sterkt i strafferetten. Prinsippet går ut på at ingen kan dømmes uten lov og ingen kan straffes uten dom jfr. grl.§ 96. ”Dømmes” i Grunnlovens forstand tolkes etter sikker rett til å bety straffedømmes.⁴ Ut i fra dette prinsipp kan en, og en bør også, slutte at en skal være meget forsiktig med å tolke et straffebud utvidende slik at det favner over mer enn det som fremgår av ordlyden. Samtidig er det intet absolutt forbud mot å tolke straffebud utvidende, det er gjort i flere Høyesterettsdommer, men man bør absolutt overveie det grundig før en går til det skritt. I denne slutningsprosess bør en særlig legge vekt på borgernes forutberegnelighet. For å ivareta dette hensyn, legger man en alminnelig språklig forståelse av lovteksten til grunn. Legger man en annen betydning i ordene som

³ Se NOU 1983:57 s. 144, NOU 1992:23 s. 115 og Ot.prp.nr.90 (2003-2004) pkt. 10.4.

⁴ Se Andenæs (2004) s. 104, Mæland (2004) s. 57 og Slettan/Øie (2001) s. 69.

avviker fra den alminnelige språklige forståelsen, kan det bli vanskeligere for borgerne å forutsi sin rettslige posisjon. Dette hensynet har dog ikke like stor gjennomslagskraft dersom tolkningen er til gunst for borgeren. Å tolke en lov utvidende, eller presiserende, til gunst for siktede er langt mindre betenkelig enn å tolke den til skade for siktede. Her slår ikke hensynene til forutberegnelighet til på samme måte som når tolkningen er til ugunst.

Dog har lovprinsippet i strafferetten en del å si for oppgavens tema, *dolus eventualis*. I straffeloven av 1902 er ikke forsettsformene definert. Foruten å kreve utvist forsett som hovedregel for å kunne dømmes for overtredelse, forholder loven seg taus om hva som ligger i det. Forsettsformene har kommet til uttrykk i rettspraksis og teori. Det kan selvfølgelig settes spørsmålsteget ved dette sett ut i fra borgernes forutberegnelighet. At straffebudene bør utformes så de er enkle og greie å forstå er en sak. Et annet spørsmål er hvor heldig det er at inngangskriteriet for skyld er mer eller mindre ”skjult” for den vanlige borger. Det er en allmenn oppfatning at lovskravet ikke innebærer at forsettsformene trengs å defineres i loven.⁵ Dette blir det imidlertid en endring på ved ikrafttredelse av straffeloven av 2005. Her defineres de ulike forsettsformene i norsk rett, herunder *dolus eventualis* i § 22 (1) 3. pkt.

Situasjonen innebærer en interessant problemstilling rettskildemessig. At en ikke kan bruke loven direkte før den er trådt i kraft er en selvfølge. Spørsmålet er heller om en kan bruke den i det hele tatt. Kan en legge den antisiiperte lovgivning til grunn ved løsningen av rettslige problemer? Det er klart at det Stortinget, som lovgiver, mener om hvordan rettslige problemer skal løses bør tillegges vekt. Den nye loven er et direkte uttrykk for lovgivers vilje og har sånn sett stor autoritetsverdi. Som et eksempel der dette er gjort kan nevnes kjennelsen inntatt i Rt. 1979 s. 1097. Det var anført som avvisningsgrunn at en sinnssyk ikke har partsrettigheter. I behandlingen av spørsmålet kom Høyesterett til at det måtte en sinnssyk ha og viste i den forbindelse til lovutkast til en ny lov. Som ble tillagt avgjørende vekt for løsningen.⁶

1.4 Fremstillingen videre

I det følgende vil jeg først ta for meg henholdsvis forsettet og uaktsomhetsnormene i norsk rett, i punkt 2 og 3. Herunder vil jeg også gjøre rede for den hypotetiske innvilgelsesteori selv om denne ikke kan sies å være gjellende rett i Norge. Da dette er det eneste stedet i oppgaven den hypotetiske innvilgelsesteori blir behandlet vil jeg også trekke noen paralleller til Sverige, der den hypotetiske innvilgelsesteori er godtatt som forsettsform. Videre vil jeg gå dypere i materien om *dolus eventualis* (positive innvilgelse), herunder nærmere hva som ligger i vilkårene for *dolus eventualis*, i punkt 4. Videre vil jeg se an *dolus eventualis* som straffeutmålingsmoment, i punkt 5. Før jeg ser på *dolus eventualis* i forhold til de ulike deliktene, medvirkning og forsøk, i henholdsvis punkt 6, 7 og 8.

⁵ Se Andenæs (2004) s. 106, Eskeland (2006) s. 108, Mæland (2004) s. 58 og Slettan/Øie s. 72.

⁶ Se Rt. 1979 s. 1097, s. 1082 i kjennelsen.

2 Forsettsformene i Norsk rett

2.1 Innledning

Når en konstaterer forsett er det viktig å ha i tankene at det er gjerningspersonens subjektive oppfattelse av forholdene en skal legge til grunn. Spørsmålet blir f.eks. om gjerningspersonen har oppfattet det slik at sannsynligheten for at følgen inntreffer er mer eller mindre enn 50 %. Det er vanlig å dele inn forsettsformene i tre, eventuelt fire avhengig av om en ser Rt. 2007 s. 1559et som en egen form for forsett. I det følgende vil jeg kort gjøre rede for de ulike formene for forsett opp mot følgedelikter. Forsettsformene kan selvfølgelig benyttes til alle de ulike deliktstypene, men for enkelthets skyld nå innledningsvis velger jeg å knytte de opp til følgedeliktene.⁷ Formene er satt opp etter sannsynlighetskravet til at følgen vil inntre. Oppsettet er kanskje noe uvanlig, men jeg mener det er egnet til å illustrere en gradering av nevnte sannsynlighetskrav.⁸ Når jeg nå velger å ta for meg de andre forsettsformene i norsk rett enn *dolus eventualis*, er det for å belyse *dolus eventualis* plass under forsettet, herunder gresedragningen. Denne gresedragningen *kan* ha betydning ved straffeutmålingen, se nedenfor under punkt 5. Omtalen av de andre forsettsformene vil være til hjelp for å forstå hva som ligger i forsettsformen *dolus eventualis*, og da spesielt gresedragningen vedrørende sannsynligheten for at gjerningsbeskrivelsen blir oppfylt.

2.2 Visshetsforsett

I visshetsforsettet ligger det at gjerningspersonen har holdt det som helt sikkert at følgen vil inntre. Med andre ord kan en si at gjerningspersonen har anslått sannsynligheten til å ligge på 100 %. visshetsforsettet er for så vidt en del av sannsynlighetsforsettet, og ble innført som egen forsettsform av Slettan/Øie.⁹ De peker på at det ikke er ”språklig korrekt” å si at noe er sannsynlig når det er 100 % sikkert. Videre er oppdelingen heldig når en sammenlikner med Sverige. I svensk rett anerkjennes ikke sannsynlighetsforsettet som

⁷ Se nærmere behandling i punkt 6.

⁸ Eskeland har samme oppsett, uten at han gjør noe videre poeng av det, se Eskeland (2006) s. 269.

⁹ Se Slettan/Øie (2001) s. 112.

forsettsform, men visshetsforsettet er en del av ”indirekte uppsåt” og er således omfattet av forsettet i Sverige.¹⁰ Visshetsforsettet forutsetter for så vidt ingen vilje for at følgen skal inntre, men når gjerningspersonen holder det som sikkert at følgen vil inntre er det straffverdig nok til å si at han har handlet forsettlig. Om A holder en pistol, som han vet er ladd, mot Bs hode og trekker av, vil det foreligge visshetsforsett i henhold til forsettelig drap jfr. Strl.§ 233. Videre vil det foreligge et visshetsforsett der gjerningspersonen, på et øde og forlatt sted, presser knivbladet mot offerets strupe, kutter over hovedpulsåren og ser blodet fosse ut. Samtidig kan det diskuteres hvor sikker en kan være på at noe vil skje. Patronen kan være feilladet slik at den ikke går av, eller det kan være folk til stede som oppdager handlingen og får reddet offeret. Det er her viktig å minne om at benevnelsen visshetsforsett kun er terminologisk og således en del av sannsynlighetsforsettet.¹¹

2.3 Sannsynlighetsforsett

For hva om gjerningspersonen bare stikker offeret i halsen med kniven? Og kanskje det heller ikke er så øde rundt dem, slik at noen ser dem og vil gi offeret den hjelpen han trenger. Samtidig er det ikke sikkert at knivstikket er så velrettet at det leder til døden, men at man ved et lykketreff, evt. feiltreff, bommer på pulsåren. Gjerningspersonen kan i få tilfeller være sikker på at samtlige momenter i gjerningsbeskrivelsen blir oppfylt. Samtidig vil det her fortone seg som mer sannsynlig at offeret dør enn at han ikke dør. Det er begrenset med tid som skal til før hjelpen må være på plass, og det er liten margin å gå på med tanke på treffpunkt. Grensen for forsettets anvendelse går ved 50 % sannsynlighet.¹² Med andre ord må det ha stått som 51 % sannsynlig eller mer for å felle for forsett etter sannsynlighetsforsettet. Nå er det heller få av oss som går rundt og regner alle beslutninger i prosenter, så sagt med andre ord må gjerningspersonen ha holdt resultatet som overveiende sannsynlig.

¹⁰ Se Jareborg (2001) s. 311.

¹¹ Eskeland behandler visshetsforsettet og sannsynlighetsforsettet hver for seg, se Eskeland (2006) s. 269. Andenæs og Mæland behandler det derimot sammen med sannsynlighetsforsettet, se Andenæs (2004) s. 233 og Mæland (2004) s. 121.

¹² Se Andenæs (2004) s. 234, Eskeland (2006) s. 270, Mæland (2004) s. 121 og Slettan/Øie (2001) s. 112.

2.4 Hensiktsforsett

Hensiktsforsett kan kort beskrives som at gjerningspersonen ønsker handlingen gjort. Fordi gjerningspersonen har dette brennende ønske om å få handlingen, og da herunder resultatet, gjort, legger en mindre i kravet til sannsynlighet for at gjerningsbeskrivelsen blir oppfylt.¹³ Kravet til sannsynlighet er ikke så sterkt som sannsynlighetsovervekt, spørsmålet er heller hvor langt ned en kan gå. Det som må være klart er at dagliglivets risiko faller utenfor, men også de tilfellene der følgen er såpass upåregnelig for gjerningspersonen vil styre klar av forsettet.¹⁴ Om A ønsker å ta livet av B og derfor overtaler B til å ta fallskjermtimer og B styrter i døden, kan ikke A straffes for forsettelig drap, om han da ikke har tuklet med Bs utstyr. Hensiktsforsettet omfatter også de nødvendige sidefølger av handlingen.¹⁵ Om A har til hensikt å drepe B ved å legge en liten bombe som skal lage hull i Bs båt en søndag da B har med seg familiemedlemmene C og D. Så lenge A vet dette og allikevel velger å handle har A utvist forsett også med tanke på C og D. Og dette selv om det i og for seg er like sannsynlig at bomben blir oppdaget som at den går av. Dette begrunnes med at det er like straffverdig fra As side overfor C og D som det er overfor B.

2.5 Dolus Eventualis

2.5.1 Innledning

Dolus Eventualis er den fjerde forsettsformen i norsk rett. Læren deles normalt opp i to varianter, den positive innvilgelsesteori og den hypotetiske innvilgelsesteori. Det har vært spekulert i om begge formene var en del av forsettet etter norsk rett. Den positive innvilgelsesteorien har støtte i så vel teori som i praksis.¹⁶ Den hypotetiske innvilgelsesteori er derimot avvist som forsettsform. Jeg vil likevel behandle den hypotetiske innvilgelsesteori kort under i punkt 2.5.3 for å kunne fremheve likheter og forskjeller i forhold til den positive innvilgelsesteori.

¹³ Se Andenæs (2004) s. 233, Eskeland (2006) s. 271, Mæland (2004) s. 120 og Slettan/Øie (2001) s. 112.

¹⁴ Se Andenæs (2004) s. 233, Eskeland (2006) s. 265 og Mæland (2004) s. 120.

¹⁵ Se Andenæs (2004) s. 238 og Eskeland (2006) s. 272.

¹⁶ Se f.eks. Rt. 1933 s. 1132, Rt. 1945 s. 109, Rt. 1980 s. 979, Rt. 1991 s. 600 og Rt. 2007 s. 1559. Dog har det blitt hevdet at de to første dommer gir uttrykk for den hypotetiske innvilgelsesteori.

2.5.2 Positiv innvilgelsesteori

Om gjerningspersonen ikke har ansett følgen som overveiende sannsynlig, men bare ansett den som mulig, vil en i de fleste tilfeller si at gjerningspersonen bare har vært bevisst uaktsom.¹⁷ Men i noen tilfeller vil en likevel si at gjerningspersonen har utvist forsett. Om han etter å ha ansett følgen som mulig har bestemt seg for at ”dette ville jeg gjort selv om følgen vil inntreffe”, kan han dømmes for forsettelig overtredelse etter den positive innvilgelsesteori. Om vi derimot har med en mer ansvarlig gjerningsmann som tenker ”dette ville jeg ikke gjort om følgen inntraff”, har han bare utvist bevisst uaktsomhet. Han har da sett følgen som en mulighet og har akseptert risikoen, i motsetning til den forsettelige gjerningsperson som har akseptert følgen.¹⁸

Det kreves altså et grunnvilkår; at gjerningspersonen har innsett en mulighet for at gjerningsbeskrivelsen vil bli oppfylt. I tillegg kreves det at han positivt har tatt en beslutning om at han ville gjort handlingen selv om følgen ville inntre. Hva som nærmere ligger i disse vilkårene kommer jeg tilbake til under punkt 4.

Teorien har vært kritisert opp igjennom tidene i juridisk litteratur.¹⁹ Kritikken retter seg først og fremst mot at den er vanskelig å formulere, samt at den faktisk inneholder et hypotetisk moment i vurderingen av forsettet. Men den er utvilsomt en del av forsettsbegrepet i norsk rett, og vil også være det i fremtiden i og med at det er lovfestet som forsettsform i den nye straffeloven.²⁰ Den positive innvilgelsesteori kan nok sies å ha et snevert anvendelsesområde, da tiltalte neppe vil finne på å si at han innså følgen som mulig, men at han, kaldblodig som han er, ville gjort det selv om følgen ville skjedd. Her er det på sin plass å minne om en ting når det gjelder konstatering av forsett. Utenom i de tilfeller der en har en tilståelse vil en ikke sikkert kunne slutte hva tiltale har tenkt, ment

¹⁷ Se punkt 3.3.

¹⁸ Se Andenæs (2004) s. 237, Eskeland (2006) s. 282 og Mæland (2004) s. 122.

¹⁹ Se for eksempel Andorsen (1996) s. 116, Ross (1974) s. 54 og Waaben (1982) s. 401.

²⁰ Se strl. (2005) § 22 (1) c.

eller følt. En må således slutte dette ut i fra de objektive omstendigheter ved handlingen.²¹ Eksempel på en handling som kan rammes av den positive innvilgelsesteori er at A gir B en sum penger å kjøpe narkotika for. A regner med at han vil måtte betale 1.000,- per enhet, men om B får et større kvantum narkotika for pengene så vil A at B skal kjøpe det han kan.

Slik var tilfellet i dommen inntatt i Rt. 2003 s. 118. De tiltalte var siktet for blant annet overtredelse av strl.§ 162 (1) og (2) ledd, og den ene av de to var tiltalt for medvirkning etter (5) ledd. A gav B 65.000,- for å kjøpe heroin, og de forventet begge en pris på kr. 1.000 pr. gram. Ved transaksjonen fikk B derimot overlevert 88 gram heroin, og ikke de forventede 65 gram. A hevdet da at hans forsett ikke strakk lenger enn til de 65 grammene. I den forbindelse uttalte flertallet i lagmannsretten følgende, en uttalelse et samlet Høyesterett sluttet seg til:²²

”(...) Flertallet er enig med tingretten i at det for begges vedkommende i det minste foreligger forsett etter den positive innvilgelsesteori. Flertallet anser det godtgjort at begge hadde bestemt seg for å foreta handlingen selv om partiet skulle bli større enn forventet. (...)”²³

Dommen illustrerer den viktige funksjonen denne forsettsformen har med tanke på narkotikakriminalitet, og bruksområdet til *dolus eventualis* er ofte nettopp ved narkotikaforbrytelser.²⁴

2.5.3 En særlig bemerkning til konstruksjonen den hypotetiske innvilgelsesteori

Den hypotetiske innvilgelsesteori har samme grunnvilkår som den positive innvilgelse, gjerningspersonen må ha ansett følgen som mulig. Men i motsetning til der den positive innvilgelsesteorien krever at gjerningspersonen har tatt en beslutning om at han vil handle selv om gjerningsbeskrivelsen i straffebudet blir oppfylt, så har ikke gjerningspersonen tatt denne beslutningen. Temaet for forsettskonstatering etter den hypotetiske formen er hva gjerningspersonen ville besluttet *om* hadde tenkt over om handlingen kunne få denne følgen. Det er her det hypotetiske ligger, og retten kan da fort basere sitt resultat på hvordan de opplever tiltalte i retten, eller rettens tidligere erfaringer med tiltalte.²⁵ En kan muligens finne støtte for den hypotetiske

²¹ Se Andenæs (2004) s. 240, Eskeland (2006) s. 267, Mæland (2004) s. 123 og Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 10.4.4

²² Den dissenterende dommer var uenig i selve straffeutmålingen, ikke hvor stor kvantum forsettet omfattet.

²³ Se Rt. 2003 s. 118, premiss 7.

²⁴ Se NOU 1992:23 s.118 og Ot.prp.nr.90 punkt 10.4.4.

²⁵ Se Ross (1974) s. 70.

innvilgelsesteorien i dommene inntatt i Rt. 1933 s. 1132 og Rt. 1945 s. 109, referert under i punkt 4.4.3. Dommene kan i og for seg tolkes i begge retninger, men blir av førstvoterende i Rt. 1991 s. 600, Skoheroin, tolket til å være et uttrykk for den positive innvilgelsesteori.²⁶

Den hypotetiske innvilgelsesteori i norsk rett er drøftet i avgjørelsen inntatt i Rt. 1991 s. 600, Skoheroin.

A var tatt med ca 690 gram heroin skjult i skoene på vei inn i Norge. Han ble dømt i lagmannsretten for overtredelse av strl.§ 162 (3), meget betydelig kvantum, og anket til høyesterett over lovanvendelsen. Tiltale erkjente at han fraktet stoff, men at han ikke ante hverken hva slags stoff eller mengde, og at han således ikke kunne sies å ha forsett som dekket gjerningsbeskrivelsen i bestemmelsens tredje ledd. Det protokollerte fra lagmannens rettsbelæring som tiltalte støttet sin anke på var:

”Det er også forsett dersom tiltalte ikke visste at han hadde med seg narkotika av den art, og i det omfang han hadde, såfremt lagretten finner det bevist at han ville ha gjennomført innførselen *dersom* (min kursivering) han hadde visst eller regnet det som sannsynlig at det var et slikt parti han hadde med seg.”²⁷

Det var altså ikke bevist at tiltalte hadde tatt en slik beslutning, og det var denne beslutningen lagretten svarte bekreftende på at han ville ha tatt. Lagmannens rettsbelæring gav således uttrykk for forsett etter den hypotetiske innvilgelse.

Om den hypotetiske innvilgelsesteori uttalte førstvoterende:

”Etter min oppfatning er det ikke grunnlag for en slik utvidelse av området for *dolus eventualis*. Det virker lite naturlig at tiltaltes forsett og dermed handlingens straffbarhet etter vedkommende straffebud skal kunne bedømmes ikke ut fra hva han faktisk har besluttet, men ut fra hva han ville ha besluttet i en hypotetisk situasjon.”²⁸

Etter dette er den hypotetiske innvilgelsesteori forlatt som forsettsform i så vel forarbeiderdokumenter som juridisk litteratur.²⁹

Samtidig er forsettsformen godtatt brukt i svensk rett.³⁰ Her skilles det mellom formene ”faktisk *dolus eventualis*” og ”hypotetisk *dolus eventualis*,” der ”faktisk *dolus eventualis*” tilsvarer vår positive innvilgelse. I svensk rett er den positive innvilgelsesteori, ”faktisk *dolus eventualis*,” ansett for å ”inte vara praktisk användbar” grunnet bevisproblemene om gjerningspersonen positivt har besluttet.³¹ Det er en interessant observasjon at våre to lands ellers så like rettssystemer har en forholdsvis radikal forskjell her.

Der det i Norge heter at den hypotetiske innvilgelsesteori bryter mot rettssikkerhetsprinsipper, er den godtatt i Sverige.³² Og der vi benytter oss av den positive innvilgelsesteori blir den holdt som

²⁶ Se Rt. 1991 s. 600 på side 603 i dommen.

²⁷ Se Rt. 1991 s. 600, s. 601 i dommen.

²⁸ Se Rt. 1991 s. 600, s. 603 i dommen.

²⁹ Se Andenæs (2004) s. 236, Eskeland (2006) s. 273 og Mæland (2004) s. 121 og NOU 1992:23 s. 116.

³⁰ Fremstillingen av *dolus eventualis* i svensk rett er i stor grad bygget på Jareborg (2001) s. 311-319.

³¹ Se Jareborg (2001) s. 316.

³² Se Andenæs (2004) s. 236 og NOU 1983:57 s. 144.

ubrukelig i praksis hos vår nabo. Men det er verdt å nevne en ting angående bruken av *dolus eventualis* i Sverige. Forsettsformens dominerende funksjon er å konstatere at forsett *ikke* foreligger hos gjerningspersonen. Svaret på det hypotetiske spørsmålet, *om* A ville utført handlingen selv om resultatet ville inntreffe, blir besvart negativt av domstolen. Gjerningspersonen har da følgelig ikke handlet forsettlig.³³ Denne bruken av *dolus eventualis* er etter min langt mer spiselig enn å bruke denne formen til å domfelle for forsettlig overtredelse.

2.6 Forsettets fellesnevner, "innsikt" og "beslutning"³⁴

Som en oppsummering av forsettsformene kan en peke på et moment de har felles. Alle forsettsformene har et krav om innsikt og et krav om en beslutning. I dette ligger det at gjerningspersonen må, for det første, ha hatt en innsikt i hva som kan skje. Og i tillegg må han ha tatt en beslutning om å handle. Kravet til sannsynligheten er letteste å se ved visshets- og sannsynlighetsforsett. Her må gjerningspersonen ha holdt det for sikkert eller overveiende sannsynlig og han har da han hatt den nødvendige innsikt. Ved forsett etter *dolus eventualis*, etter så vel positiv innvilgelsesteori som hypotetisk innvilgelsesteori, må gjerningspersonen ha innsett at det foreligger en mulighet for at, typisk følgen, vil inntreffe. Om gjerningspersonen ikke engang har innsett dette kan han ikke straffes for forsettlig overtredelse av noe straffebud. Når det så gjelder hensiktsforsett trer gjerningspersonens vilje inn istedenfor hans innsikt. Det er dette som begrunner det lave kravet til sannsynlighet, som kan være godt ned mot null.³⁵ Samtidig, som nevnt over i punkt 2.4, må dog følgen ligge utenfor den daglige risiko for å konstatere hensiktsforsett. I og med denne reservasjonen kan en nok her si at gjerningspersonen må ha en viss innsikt for at følgen *kan* inntreffe. Men om denne innsikten kan være lavere enn ved konstatering av *dolus eventualis* er et åpent spørsmål. I praksis vil det bli et bevissspørsmål, men uten en tilståelse *bør* domstolen være forsiktig med nærmest å fingere et hensiktsforsett der følgen har stått som fjern for gjerningspersonen.

Videre må gjerningspersonen ha besluttet at han vil handle. Som ovenfor reiser ikke dette kriteriet noen videre problemer med visshets- og sannsynlighetsforsett. Gjerningspersonen har holdt gjerningsbeskrivelsen som sikker eller overveiende sannsynlig når han gjorde sin

³³ Se Andorsen (1996) s. 127 og Cavallin (1999) s. 349.

³⁴ Inndelingen etter innsikt og beslutning er hentet fra Andorsen (1996) s. 117-120.

³⁵ Se Andenæs (2004) s. 233, Slettan/Øie (2001) s. 112, Andorsen (1996) s. 122.

gjerning og han har jo da eksplisitt besluttet at han vil foreta handlingen. Ei heller er dette noe stort problem vedrørende hensiktsforsettet, da dette i bunn og grunn utgjør selve essensen av forsettsformen. Gjerningspersonen handler jo nettopp på grunn av hensikten og har således besluttet at han vil ha handlingen gjort.

Det er nettopp her skillet mellom den positive innvilgelsesteori og den hypotetiske innvilgelsesteori kommer frem. Etter den positive innvilgelsesteori må gjerningspersonen ha besluttet at han vil handlingen gjort selv om resultatet inntreffer. Mens etter den hypotetiske innvilgelsesteori har ikke gjerningspersonen tatt denne beslutning, og det er den beslutning domstolen skal ta på hans vegne. *Om* gjerningspersonen *hadde* tenkt over dette, så ville han ha besluttet noe eller noe annet. Gjerningspersonen har altså ikke besluttet noe som helst, og en sitter igjen med et krav om at gjerningspersonen må han innsett at det var en mulighet for resultatet. Å konstatere forsett kun for at man har kunnet innsett resultatet vil være uheldig. Jeg finner formuleringen fra en anke i en svensk sak inntatt i NJA 1975 C 10 passende.³⁶ Tiltalte hadde blitt dømt for forsettlig overtredelse etter den hypotetiske innvilgelsesteorien.

”Med den juridiska motivering som avgas i domskälen, borde tio procent av Sveriges befolkning sitta i fängelse, då det kan *antas* att NN skulle komma att döda en eventuell angripare. Döm mig för vad jag har gjort - det är okej – men låt meg för guds skull slippa sitta i fängelse för vad domstolen *tror* att jag skulle kunna göra.”³⁷

3 Særlig om grensen mot uaktsomhet

3.1 Innledning

Jeg vil nå kort gjøre rede for uaktsomhet som skyldkrav. Av samme grunn som jeg valgte å behandle forsettsformene er dette for å belyse *dolus eventualis* plass blant skyldformene og

³⁶ Dommen er vanskelig tilgjengelig, men er omtalt i Cavallin (1999) s. 297.

³⁷ Se Cavallin (1999) s. 297.

da grensedragningen. Dolus eventualis grenser ned mot uaktsomheten. Så slik som de andre forsettsformene belyser grensen opp, belyser uaktsomhetsformene grensen ned. I likhet med forsettet ligger det til grunn for uaktsomheten at gjerningspersonen burde ha handlet annerledes. Men utover det er det heller lite å tillegge gjerningspersonen som har handlet uaktsomt. Uaktsomhet er tilstrekkelig skyld for å idømme et erstatningsansvar, men det er også en ansvarsform på strafferettens område. Uaktsomhet er som hovedregel skyldkravet i spesiallovgivningen. Den viktigste grunnen til å belegge straffebudene med skyldkravet uaktsomhet er at det fanger opp så meget mer enn kun de forsettelige handlingene. Dette for å sikre en effektiv håndhevelse av enkelte, gjerne mindre alvorlige, straffebud. Uaktsomheten deles gjerne opp i bevisst og ubevisst uaktsomhet, samt i tre grader, grov uaktsomhet, simpel uaktsomhet og liten uaktsomhet (*culpa levissima*).

3.2 Grov, simpel og liten uaktsomhet

Graden av uaktsomhet bestemmes ut fra hvor klanderverdig gjerningspersonen har opptrådt, dvs. hvor meget en kan legge gjerningspersonen til last.³⁸ Slettan/Øie opererer med følgende oppsett for de tre gradene av uaktsomhet: Ved den grove uaktsomheten måtte en innsett, ved den simple burde en innsett og ved den laveste, *culpa levissima*, kunne en innsett.³⁹ Foruten å være et moment i straffeutmålingen er uaktsomheten også i noen tilfeller et kriterium for den subjektive skylden som skal til for at gjerningen rammes av straffebudet. Eksempler her kan være strl.§ 192 (4) som krever grov uaktsomhet, mens strl.§ 196 (3) krever *culpa levissima*.

3.3 Bevisst og ubevisst uaktsomhet

Skillet mellom den bevisste og ubevisste uaktsomheten trekkes ved om gjerningspersonen har tenkt over muligheten eller ikke.⁴⁰ Om gjerningspersonen overhodet ikke har tenkt over muligheten for resultatet, foreligger det ubevisst uaktsomhet. Motsatt om

³⁸ Se Andenæs (2004) s. 244, Eskeland (2006) s. 284, Mæland (2004) s. 132 og Slettan/Øie (2001) s. 117.

³⁹ Se Slettan/Øie (2001) s. 117.

⁴⁰ Se Andenæs (2004) s. 243, Eskeland (2006) s. 278 og Slettan/Øie (2001) s. 117.

gjerningspersonen har tenkt over muligheten for resultatet, da foreligger det bevisst uaktsomhet.

3.4 Grensedragningen

Den aktuelle grense å trekke mellom forsett og uaktsomhet går mellom den bevisste uaktsomheten og dolus eventualis. Som sagt ovenfor i punkt 2.5.2 har gjerningspersonen i dolus eventualis-tilfellene akseptert følgen, mens han i uaktsomhetstilfellene kun har akseptert risikoen. Det er dette uttrykket for den kriminelle vilje en søker straffet ved å la de som aksepterer følgen bli dømt for forsettlig overtredelse. I praksis blir grensen subtil, og i bunn og grunn et bevisspørsmål.

Som eksempel kan en tenke seg en situasjon der A blir så provosert av B på en parkeringsplass at A bestemmer seg for å gi B ”en lekse.” Han ser B gå bortover veien og bestemmer seg for at han skal kjøre tett opptil han og sneie han med bilen. Sett at B plutselig tar et steg ut i veibanen og blir påkjørt i stor hastighet. Den forsettelige gjerningspersonen ville utført handlingen sin selv om så skjedde, mens den uaktsomme derimot ikke ville utført sin handling om så skjedde.

Slik var faktum i kjennelsen inntatt i Rt. 1972 s. 289, Ekebergdommen. Kjennelsen gjaldt primært anke over straffutmåling, men Høyesterett uttaler at det her er snakk om en uaktsomhet av ”svært grov karakter.”⁴¹ Og som av lagmannsretten ble uttalt til å være ”nesten utrolig grov uaktsomhet, som ligger meget nær en forsettelig handling.”⁴² Nå går det ikke frem av det siterte fra lagmannsrettsdommen om hvorfor han ikke ble dømt etter tiltalens primære post, som var forsettelig drap, men heller ble dømt for uaktsomt. Men det må ha vært fordi domstolen ikke fant det tilstrekkelig bevist at gjerningspersonen ville handlingen gjort selv om den forulykkede ville omkomme. Noe som illustrerer at bevisførselen for selve beslutningsprosessen vil være vanskelig i dolus eventualis-tilfellene.

⁴¹ Se Rt. 1972 s. 289, s. 289 i kjennelsen.

⁴² Se Rt. 1972 s. 289, s. 291 i kjennelsen.

Som jeg vil vise utover i oppgaven, er det denne beslutningen som skiller forsettet fra uaktsomheten.

4 Grunnvilkår og tilleggsvilkår⁴³

4.1 Innledning

Andorsen innfører et skille mellom grunnvilkår og tilleggsvilkår i sin artikkel.⁴⁴

Hovedformålet til Andorsen er å få frem det hypotetiske element han mener ligger i tilleggsvilkåret. Jeg deler for så vidt Andorsens betraktning i at det ligger noe hypotetisk over tilleggsvilkåret. Men som jeg kommer inn på i oppgaven, så er ikke dette noe som er eksklusivt for forsettsformen *dolus eventualis*. Etter min mening innebærer all forsettskonstatering uten tilståelse en viss hypotese om hva gjerningspersonen har tenkt, ment og følt på tidspunktet for den kriminelle gjerning.

4.2 Gjerningspersonen har ansett det som mulig

Inngangsvilkåret for enhver forsettsdrøftelse er om gjerningspersonen har innsett følgen som mulig, dog er dette alene aldri nok.⁴⁵ Men hva som ligger i ”mulig” er noe mer diffust. Forarbeidene oppstiller mulig som et felles vilkår, noe som skulle tilsi at mulig innebærer det samme for hensiktsforsett og *dolus eventualis*.⁴⁶ I sannsynlighetsforsettet ligger nettopp det at gjerningspersonen har holdt det overveiende sannsynlig, noe som må sies å ligge høyere på skalaen enn mulig. I teorien er vilkåret ”mulig” tolket i liten grad. Andenæs definerer inngangsvilkåret som ”mer eller mindre mulig”.⁴⁷ Eskeland hevder det innebærer

⁴³ Oppdelingen grunnvilkår og tilleggsvilkår er hentet fra Andorsen (1996) s. 122-124.

⁴⁴ Se Andorsen (1996) s. 122-123.

⁴⁵ Se punkt 2.

⁴⁶ Se NOU 1983:57 s. 144, NOU 1992:23 s. 116 og NOU 2002:4 s. 225.

⁴⁷ Andenæs (2004) s. 235

mindre enn 50 % sannsynlighet.⁴⁸ Og Mæland setter opp et minstekrav for at vilkåret skal være oppfylt, det at gjerningspersonen i alle fall har tenkt seg muligheten.⁴⁹

Andorsen derimot har forsøkt å presisere begrepet noe nærmere. Han hevder at det oppad må begrenses til 51 % sannsynlighet, da kan man jo bruke sannsynlighetsforsettet jfr. punkt 2.3. Og at det nedad må begrenses til å innebære noe større sannsynlighet enn ved hensiktsforsett, der kravet til sannsynligheten for følgen er svært lavt. Andorsen oppsummerer begrepet til at det må innebære en praktisk mulighet for folk flest.⁵⁰

Her føler jeg Andorsens begrensning nedad har de beste grunner for seg. Etter en alminnelig språklig forståelse av uttrykket mulig, vil nok de fleste si seg enig i at det ikke innebærer utfall som er mer enn 50 % sannsynlig, altså sannsynlighetsovervekt. Samtidig trekkes det en grense nedad da det ikke lenger er naturlig å kalle ting mulig. Denne grense går nok noe høyere enn kun å avgrense mot det fysiske umulige. Det som er fysisk umulig *er* umulig og således ikke mulig. Utfallet bør i det minste være praktisk mulig, og i tillegg inneholde en viss realisme. Når man i tillegg tenker på at en skal ta utgangspunkt i det som gjerningspersonen holdt som mulig er det et annet argument som taler for en noe strengere grensedragning. Et absolutt minimum bør være at gjerningspersonen har innsett muligheten av resultatet. Uten en tilståelse må en trekke konklusjonene om gjerningspersonene subjektive oppfatning ut fra de objektive omstendigheter. Å kreve en for lav sannsynlighet kan være betenkelig ut i fra et rettssikkerhetsperspektiv. Dette gjelder for så vidt også for hensiktsforsettet, selv om den rådende rettsoppfatning på dette området er at det kreves så å si ingen sannsynlighet.

⁴⁸ Eskeland (2006) s. 272

⁴⁹ Mæland (2004) s. 121.

⁵⁰ Andorsen (1996) s. 122.

4.3 Gjerningspersonen må ha tatt en beslutning

4.3.1 Innledning

Det er ikke nok for å felle for forsettelig overtredelse at gjerningspersonen har innsett muligheten for at resultatet kan skje og at han er likegyldig med om det skjer. Han må positivt ha bestemt seg for at han ville handlingen gjort selv om dette resultat inntreffer.⁵¹ Denne beslutningsprosessen må kunne bevises å foreligge før en dømmer for forsettelig overtredelse. Har han ikke tatt denne beslutningen er det snakk om bevisst uaktsomhet.⁵² I de land som anerkjenner den hypotetiske varianten kan det også foreligge forsett, se punkt 2.5.3. Dette er et meget vanskelig bevissspørsmål for domstolen å ta stilling til. Som nevnt ovenfor, i punkt 2.5.2, er det uten en tilståelse fra tiltalte, umulig å vite hvordan han har tenkt og hvordan han har oppfattet situasjonen. Dessuten er det nok på sin plass å påpeke at kun et fåtall av tiltalte vil få seg til å si at de hadde gjort handlingen selv om det da innebar smugling av heroin og ikke hasj, for på den måten å erkjenne forsettet der det ellers hadde blitt konstatert uaktsomhet.

4.3.2 Rettspraksis om beslutning

Spørsmålet vies en god drøftelse i dommen inntatt i Rt. 1991 s. 600, Skoheroin, på side 602 i dommen, referert over i punkt 2.5.3. Førstvoterende påpeker vanskelighetene med å bevise hvilke tanker og beslutninger gjerningspersonen har foretatt. Og uttaler videre at hva gjerningspersonen har besluttet vedrørende om å foreta handlingen selv om typisk følgen oppnås, kan sees gjennom hans adferd, altså ut ifra de ytre objektive omstendigheter.⁵³ Ved bevisvurderingen under forsettet må man, i tilfeller uten en tilståelse, slutte de subjektive forhold ved gjerningspersonen fra de objektive forhold ved handlingen. Videre påpeker retten at en slik beslutning kan ansees tatt ”selv om avgjørelsestemaet ikke har fremstått helt klart i gjerningsmannens bevissthet.”⁵⁴

⁵¹ Se Andenæs (2004) s. 236, Eskeland (2006) s. 273 og Mæland (2004) s. 121.

⁵² Se Andenæs (2004) s. 235, Eskeland (2006) s. 272 og Mæland (2004) s. 122.

⁵³ Se Rt. 1991 s. 600, s. 602 i dommen.

⁵⁴ Se Rt. 1991 s. 600, s. 602 i dommen.

At gjerningspersonen *må* ha tatt en beslutning er videre uttrykkelig slått fast i kjennelsen inntatt i Rt. 2004 s. 1769. A var tiltalt, og dømt i de lavere instanser, for medvirkning til kjøp og oppbevaring av ”en betydelig mengde heroin” jfr. strl. § 162 (1) og (2) jfr. (5). A hadde kjørt bilen som var brukt for å kjøre til Oslo fra Drammen, og senere et annet sted, P, der narkotikaen ble anskaffet, samt sittet på senere da bilen ble stoppet. Lagmannsretten slå fast at A forstod det var en narkotikahandel som skulle skje allerede når hun var i Oslo, eller i alle fall på vei til P. Siden A fortsatte sin medvirkningshandling, ble hun dømt på dette grunnlag etter et *dolus eventualis*-liknende resonnement. Høyesterett tolket lagmannsretten slik at lagmannsretten mente det forelå forsett da A hadde innsett muligheten for at det var heroin, men at hun hadde fortsatt sin medvirkende handling for det.

Et samlet Høyesterett opphevet dommen på dette grunnlag og uttaler i den forbindelse:

”Det er ikke tilstrekkelig til å konstatere forsett i form av *dolus eventualis* at det forhold som forsettet skal dekke, for gjerningspersonen fremstilte seg som mulig, og at vedkommende likevel valgte å handle. Det kreves i tillegg en positiv innvilgelse av dette moment. Lagmannsretten måtte således ved sin straffeutmåling finne det bevist at A bevisst hadde tatt det standpunkt at hun ville medvirke selv om det var en så betydelig mengde heroin (...) som skulle kjøpes/oppbevares. Denne positive innvilgelsen, som riktignok inneholder et hypotetisk element, skiller – i det nedre grenseområdet – forsettet fra den bevisste uaktsomhet.”⁵⁵

Høyesterett presiserer her at beslutningen *må* ha vært tatt for å kunne felle for forsett etter *dolus eventualis*. Det er denne beslutningen som skiller de to formene av *dolus eventualis* fra hverandre. Og om man ikke krever noen beslutning, verken faktisk eller hypotetisk, sitter man egentlig igjen med et ”sannsynlighetsforsett” som krever langt mindre sannsynlighet enn 50 %. Det ville da holdt at gjerningspersonen har ansett det som mulig og han har handlet på tross av denne muligheten, for å dømme han for utvist forsett. Dette vil være en kraftig utvidelse av området for forsett. Å dømme for forsett kun fordi gjerningspersonen kun har ansett noe som mulig vil være en til dels farlig utvikling. Hva en innser som mulig er så mangt, uten at man nødvendigvis har utvist forsett av den grunn.

⁵⁵ Se Rt. 2004 s. 1769, premiss 11 i kjennelsen.

For eksempel ville man i alle tilfeller der man kjørte på noen, bli dømt for forsettelig drap, da man må ha innsett det som mulig at noen kunne omkomme om man havnet i en ulykke.

4.3.3 Særtilfellet av bevisst uvitenhet

Spesielt vanskelig stiller dette spørsmålet seg vedrørende såkalt bevisst uvitenhet. Begrepet brukes om de situasjoner der gjerningspersonen bevisst søker å unndra seg å vite. Han lukker sine øyne og ører for så senere å kunne bruke sin uvitenhet som unnskyldning. Situasjonen kan lett oppstå ved smugling av narkotika. A vet at B skal pakke narkotika i bilen hans, men A velger bevisst ikke å undersøke nærmere hva gjelder type eller kvantum.

Kravet til at det er tatt en beslutning hindrer at bevisst uvitenhet i seg selv er nok for å felles for forsettelig overtredelse. En må ha positivt innvilget, altså tatt den beslutning, at selv om bilen inneholder heroin, så vil jeg kjøre. I dommen inntatt i Rt. 2001 s. 58 kom spørsmålet på spissen.

A, B og C var i ting- og lagmannsretten domfelt for overtredelse av strl. § 162 første, tredje og femte ledd, for oppbevaring og forsøk på innførsel av et meget betydelig kvantum narkotika, 23,8 kg. amfetamin, til Norge. A forhørte seg om B var villig til å innføre ”noe” til Norge fra Nederland, B skjønnte det dreide seg om narkotika og avslo, dog brakte han forespørselen videre til C som godtok. C skjønnte også at det var snakk om narkotika, men stilte seg bevisst uvitende til hva og hvor mye, og han var heller ikke tilstede når narkotikaen ble pakket i bilen han skulle føre. B opererte som et mellomledd mellom A og C, som en betingelse satt av C noe B godtok. Ankebehandlingen gjaldt blant annet lovanvendelsen vedrørende forsettet, da nærmere bestemt anvendelsen av *dolus eventualis*. Førstvoterende siterer deler av Rt. 1991 s. 600, Skoheroin, før han uttaler:

”Når en gjerningsperson har valgt å holde seg i bevisst uvitenhet, vil det i dette valget ofte ligge en sterk bevispresumsjon for at han har regnet med muligheten av resultatet, og som han ved å foreta handlingen legger for dagen at han har akseptert.”⁵⁶

⁵⁶ Se Rt. 2001 s. 58, s. 62 i dommen.

Lagmannens rettsbelæring lød: ”Den som ikke vil vite, den som ikke spør fordi han vil slippe å vite, han har satt seg i bevisst uvitenhet og han kan ikke fritas.”⁵⁷ Et flertall på fire dommere i Høyesterett tolket rettsbelæringen til at den gav uttrykk for at bevisst uvitenhet var nok til å dømme for forsett, uten at gjerningspersonene hadde tatt noen beslutning om dette. Og dommen ble således opphevet i og med at dette var en feil som kunne ha virket inn på lagrettens svar.

4.4 Beslutningens fasthet

4.4.1 Innledning

Med beslutningens fasthet sikter jeg til hvor fastholdt gjerningspersonen må være på at hendelsen vil skje. Når vil den uaktsomme gjerningsperson vegre seg for å utføre handlingen, mens den forsettelige gjerningsperson handler? Må han ha holdt resultatet som sikkert, eller holder det at han har holdt det som mest sannsynlig? I straffeloven av 2005 er kravet således ”sikkerhet eller mest sannsynlig.”⁵⁸ Forarbeidene pretenderer at dette er en videreføring av gjeldende rett.⁵⁹ Straffeloven av 2005 har enda ikke trådt i kraft, og det vil være av interesse å se hvordan dette sannsynlighetsvilkåret er behandlet i teori og praksis. Jeg vil i det følgende ta for meg disse rettskilders fremstilling. I fremstillingen vil domspraksis, herunder Høyesterett, bli behandlet sist. Det er kun gjort fordi det er den mest omfattende delen.

4.4.2 Teori

Den juridiske strafferettslige teori er noe delt i synet på hva som er gjeldende rett angående dette sannsynlighetskravet. Mæland sier det klarest idet han formulerer det som ”følgen sikkert eller mest sannsynlig kom til å inntre.”⁶⁰ I samme retning går også Andorsen, han formulerer det som at kravet er ”sikker eller overveiende sannsynlig.”⁶¹ Den ulike

⁵⁷ Se Rt. 2001 s. 58, s. 60 i dommen.

⁵⁸ Se strl. (2005) § 22 c).

⁵⁹ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 16.2.4.

⁶⁰ Se Mæland (2004) s. 121

⁶¹ Se Andorsen (1996) s. 123.

formuleringen her kan neppe tillegges særlig vekt. Begge formuleringene henviser til sannsynlighetsovervekt, altså *mer enn 50 %* for å tallfeste det. Dog ser det ut til at verken Mæland eller Andorsen begrunner sin oppfatning om at det holder med sannsynlighetsovervekt for dette krav.

Andenæs og Eskelands formuleringer skiller seg noe fra de overnevnte, samt at heller ikke de formulerer kravet likt. Andenæs formulerer det som at gjerningspersonen ”har ønsket handlingen foretatt selv om den uheldige følge skulle inntre.” Og det presiseres videre med hva gjerningspersonen må ha besluttet i sin bevissthet, ”Selv om så galt skulle skje, får det ikke hjelpe.”⁶² Eskeland oppstiller dette kravet til å være at gjerningspersonen vil gjennomføre sin handling selv om ”gjerningsinnholdet er eller vil bli oppfylt.”⁶³ Uttrykksmåten ”skulle inntre” og ”er eller vil bli oppfylt” peker hen på, etter en vanlig språklig tolkning, at det oppstilles sikkerhet som vilkår.

4.4.3 Rettspraksis

Liknende formuleringer som Andenæs og Eskeland har brukt finner vi igjen i de fleste dommer som omhandler *dolus eventualis* fra Høyesterett. Oversikten over Høyesterettsavgjørelser pretenderer ikke å være uttømmende.

Selv om det kan hevdes at *dolus eventualis*-resonnementene i avgjørelsene i Rt. 1933 s. 1132 og Rt. 1945 s. 109 er et utslag av den positive innvilgelsesteori, velger jeg å se bort i fra disse i denne sammenheng. Formuleringene i dommene er vage og flertydige, og det kan stilles spørsmål om ikke avgjørelsene heller er et utslag av den hypotetiske innvilgelsesteori.⁶⁴ Den første dommen, hakekorsdommen, omhandlet en gruppe unge som i protest firte og ødela et hakekorsflagg på det tyske konsulat i Narvik. De tiltale ble dømt i byretten og straffen ble skjerpet i Høyesterett. Om forsettet uttaler førstvoterende:

⁶² Se Andenæs (2004) s. 236.

⁶³ Se Eskeland (2006) s. 272.

⁶⁴ Se Andenæs (2004) s. 236 og Andorsen (1996) s. 129.

”(…)eller at de ialfall har regnet med den mulighet at det kunde forholde sig saaledes, og at de har begaat sin handling uten hensyn til denne mulighet – at de med andre ord vilde handlet som skjedd, selv om de hadde hatt sikkert kjennskap til forholdet – hvilket er tilstrekkelig til at anta at det foreligger forsett.”⁶⁵

I den andre dommen, Quislingdommen, var spørsmålet om Quisling hadde utvist tilstrekkelig forsett med tanke på å påføre Norge krig. Om dette uttaler Høyesterett:

”Det bør også merkes at forsett i strafferettslig forstand (...), har vært til stede (...) hvis han regnet med dette forløp som en mulighet og allikevel har villet aksjonen, uten hensyn til denne mulige følge.”⁶⁶

Det ble vist til Rt. 1933 s. 1132.

Den seneste avsagte avgjørelse fra Høyesterett angående *dolus eventualis* er kjennelsen inntatt i Rt. 2007 s. 1559, Kakekasterkjennelsen.⁶⁷ A var tiltalt for å ha hindret en statsråd, ved å ha kastet en kake på finansminister Kristin Halvorsen foran inngangen til Regjeringkvartalet, jfr. strl. § 99. I sin behandling av forsettet etter bestemmelsen, kommer flertallet, bestående av fire dommere, inn på tilleggsvilkåret:

”Forsettskravet vil også være oppfylt om han bare regnet det som mulig at hun ville bli hindret, men bestemte seg for at han ville kaste kaken selv om det var *sikkert eller mest sannsynlig* at hun ville bli hindret av det, såkalt *dolus eventualis*.” (min kursivering)⁶⁸

Den dissenterende dommer kommer ikke inn på om forsettet foreligger etter § 99, og tar således ikke stilling til formuleringen av *dolus eventualis*.

En språklig sett annerledes formulering finner vi i dommen inntatt i Rt. 2005 s. 83: ”(...) – han hadde tatt det standpunkt at *selv om* det skulle bli *nødvendig* med et ran, ble han med videre (*dolus eventualis* ved positiv innvilgelse).” (mine kursiveringer)⁶⁹ Dommen er

⁶⁵ Se Rt. 1933 s. 1132, s. 1132 i dommen.

⁶⁶ Se Rt. 1945 s. 109, s. 111 i dommen.

⁶⁷ Per. 2. April 2008. Den publiserte utgaven fra Lovdata er kun et sammendrag fra avgjørelsen.

⁶⁸ Se Rt. 2007 s. 1559, premiss 18 i kjennelsen.

⁶⁹ Se Rt. 2005 s. 83, premiss 16 i dommen.

omtalt nedenfor i punkt 5.2. Samme uttrykksform, ”selv om” finner vi igjen i kjennelsen inntatt i Rt. 2004 s. 1769, som er en opphevende kjennelse angående en narkotikadom. Kjennelsen er omtalt ovenfor i punkt 4.2.1. Høyesterett formulerer tilleggsvilkåret i kjennelsen slik: ”(...)hun ville medvirke *selv om* det var en *så* betydelig mengde heroin(...)”(mine kursiveringer)⁷⁰ En kan spørre seg hva det ligger i denne uttrykksmåten. Siste formulering føler jeg ligger langt nærmere ”sikkert” enn ”mest sannsynlig.” Det er den eksplisitte mengden narkotika gjerningspersonen skal ha tatt stilling til, ikke om det var sannsynlig det var mer.

Derimot skaper et obiter dictum fra kjennelsen inntatt i Rt. 2004 s. 1565 en viss usikkerhet. A ble i tingretten dømt for blant annet et tilfelle av vold etter strl. § 228 (1) og (2) 1. straffealternativ. Tingretten fant ikke bevist at det forelå det nødvendige forsett for følgen slik at forholdet kunne subsumeres under strl. § 229. Lagmannsretten misforstod ankegrunnlaget og trodde tiltalte anket over skyldspørsmålet. Påtalemyndigheten anket til domfeltes gunst og Høyesterett tok anken til følge. Høyesterett påpeker, i premiss 14, at slik faktum var i saken var det ingen grunn til å ta opp om forsett forelå, i form av dolus eventualis, med henhold til følgen etter § 229. Høyesterett kommer så med en uttalelse vedrørende tilleggskravet:

”Jeg tilføyer at lagmannsretten synes å forutsette at eventuelt forsett foreligger når en lovbrøyer har innsett muligheten av en skadefølge og handler likevel. Dette er i så fall ikke riktig. Retten må i tillegg finne det bevist at lovbrøyeren hadde bestemt seg for å foreta handlingen selv om skaden med sikkerhet eller *mest sannsynlig* ville inntre.” (min kursivering)⁷¹

Uttalelsen er et obiter dictum og det kan da ha noe å si for rettskildeverdien. Vekten av et obiter dictum kan diskuteres og synspunktene går fra den tradisjonelle oppfatningen at det er uten rettskildeverdi, til at det både kan og bør tillegges vekt.⁷² Der et obiter dictum er velbegrunnet, godt drøftet og tar opp prinsipielle spørsmål taler de beste grunner for å tillegge det vekt. Det kan nok settes spørsmålstegn om det er tilfellet her, og at det i så fall

⁷⁰ Se Rt. 2004 s. 1769, premiss 11 i kjennelsen.

⁷¹ Se Rt. 2004 s. 1565, premiss 15 i kjennelsen.

⁷² Se Eckhoff (2001) s. 172, Fleischer (1998) s. 190, Graver (2007) s. 99.

påvirker rettskildeverdien i negativ grad. Formuleringen er klart uttrykt og lik den man finner i forarbeider, og senere også i kakekasterkjennelsen.⁷³ Derimot er den neppe helt i takt med foregående praksis.

For formuleringen fra de to mellomstående avgjørelser finner man i kjennelsen inntatt i Rt. 2003 s. 118, som er et av mange narkotikatilfeller der *dolus eventualis* kommer til anvendelse. Dommen er referert ovenfor under punkt 2.5.2. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens forståelse av *dolus eventualis* i det lagmannsretten uttalte: "(...)foreta handlingen *selv om* partiet *skulle* bli større enn forventet."(mine kursiveringer)⁷⁴

Dommen inntatt i Rt. 2001 s. 58 refererer til, og siterer, Rt. 1991 s. 600, Skoheroïn, Dommen behandler som nevnt ovenfor, under punkt 4.3.3, bevisst uvitenhet og *dolus eventualis*. Derimot er det interessant å legge merke til at i det siterte i dommen fra 1991 har førstvoterende utelatt en innskyttelse førstvoterende i Skoheroïndommen kom med. Innskyttelsen som er utelatt vedrører sannsynlighetskravet og får det til å fremstå som sannsynligheten er "sikker eller overveiende sannsynlig." Se sitering av dommen i punkt 2.5.3. Dog når det gjelder formuleringen av sannsynlighetsvilkåret uttaler flertallet på fire dommere:

"(...) *selv om* vedkommende gjerningsmoment *skulle* foreligge." (mine kursiveringer)⁷⁵

Flertallet følger så opp og sier det samme når det gjelder kvantum av narkotika.

"(...) tatt en beslutning om *uansett* å frakte det kvantum han *faktisk* fraktet eller medvirket til. Selv om det objektive gjerningsinnholdet foreligger, kreves det at gjerningspersonen har innsett muligheten av dette og akseptert å gjennomføre handlingen *likevel*." (mine kursiveringer)⁷⁶

⁷³ Se Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 425.

⁷⁴ Se Rt. 2003 s. 118, premiss 7 i kjennelsen.

⁷⁵ Se Rt. 2001 s. 58, side 62 i dommen.

⁷⁶ Se Rt. 2001 s. 58, s. 62 i dommen.

Etter disse sitater kan det nok spørres om sannsynlighetsvilkåret her er satt til ”sikkert.” Ikke bare mener jeg formuleringen ”selv om” i seg selv innebærer noe annet enn ”mest sannsynlig.” Spesielt når det blir snakk om kvantum føler jeg at å hevde sannsynligheten er ”sikker” har de beste grunner for seg. Likedan som i Rt. 2004 s. 1769 er det presisert at gjerningspersonen må ha innsett at det kunne være snakk om et betydelig kvantum, og bestemt seg for at han likevel ville innføre, selv om det skulle vise seg å være et såpass stort kvantum. I motsetning til at han hadde innsett at kvantumet kunne vært såpass betydelig og bestemt seg for at han ville innført selv om det var sannsynlig at det var så stort.

Derimot er vilkåret noe mer uangripelig formulert i kjennelsen fra Rt. 1992 s. 334. Der A først var blitt frifunnet i byretten for medvirkning til grovt bedrageri etter strl. § 271 jfr. § 270, dog dømt for overtredelser av dokumentfalsk. Høyesterett opphevet den frifinnende delen dommen med den begrunnelse at byretten skulle drøftet om det forelå forsett i form av den positiv innvilgelsesteori. I den sammenheng uttalte Høyesterett om tilleggsvilkåret: ”(...) og i sin bevissthet positivt godtatt at det her kunne være fare for tap.”⁷⁷

Formuleringen ”kunne være fare for tap” er egnet til å få tankene mot sannsynlighetsovervekt. Men det er neppe meningen med utsagnet. Dommen gjaldt blant annet overtredelse av strl. § 270 for bedrageri, der ”tap” og ”fare for tap” er likestilt i gjerningsbeskrivelsen i første ledd. Således sier retten ikke annet enn at gjerningsbeskrivelsen i det aktuelle straffebud vil bli oppfylt. En kan nok slutte at tilleggsvilkåret også her er underforstått som ”sikkert.” Videre er kriteriet i dommen formulert som et spørsmål, evt. forslag til spørsmål. Spørsmålet er mest sannsynlig ment som eksempel på vurderingen av skyldspørsmålet. Det virker også noe unaturlig om rettsoppfatningen skulle snu med tanke på at Rt. 1991 s. 600, Skoheroindommen, var avsagt året før. Dommen inneholder, etter min mening, en klar presisering på dette området, se nedenfor. Men formuleringen er egnet til å skape tvil vedrørende sannsynlighetskravet.

⁷⁷ Se Rt. 1992 s. 334, s. 338 i kjennelsen.

Dommen inntatt i Rt. 1991 s. 741 trekker i samme retning. Dommen er en skattesak der A og B hadde unnlatt å oppføre skattepliktig inntekt og formue som stammet fra renteinntekter og banksertifikater. Ankesaken stod om det subjektive vilkåret for å straffe, der dommen ble opphevet til nye prøving for A, grunnet manglende domsgrunner, og B ble funnet skyldig i overtredelse av ligningslovens § 12-1. Dolus eventualis blir behandlet i dommen på generelt grunnlag og her er tilleggsvilkåret som:

”(…) å fortie banksertifikatene i selvangivelsene uansett om skatteplikt *skulle* foreligge.” (min kursivering)⁷⁸

Noe som må sies å gi et relativt klart uttrykk for at kravet er ”sikkert.” Rent språklig peker ”skulle” fremover i tid i betydningen ”sett at” følgen inntraff. Å legge inn en ytterligere reservasjon i uttrykket synes lite naturlig. Da ville man heller brukt den språklige termen ”kunne” for å uttrykke en tvil om handlingsforløpet.

Dommen inntatt i Rt. 1991 s. 600, Skoheroin, referert over under punkt 2.5.3, bygger på dolus eventualis-resonnementet i kjennelsen fra 1980, og siterer sannsynlighetskravet i kjennelsen på side 602. Dommen blir også lagt til grunn i en del av de overnevnte dommer. Det er en viktig presisering i dommen, der førstvoterende går over på å drøfte om en kan gå lenger i norsk rett og felle etter den hypotetiske innvilgelsesteori. Sitatet gjelder for så vidt den hypotetiske innvilgelsesteorien, men med tanke på tilleggsvilkåret må det utvilsomt ha relevans også for den positive innvilgelsesteorien.

”(…) og legge forsett til grunn selv om det ikke finnes bevist at gjerningsmannen har tatt noen slik beslutning, dersom det må anses bevist at han ville ha tatt den om han hadde ansett vedkommende omstendighet *sikker eller overveiende sannsynlig*. – jeg innskyter at det beror på en *uriktig* formulering når rettsbelæringen nøyer seg med å kreve sannsynlighet.” (mine kursiveringer)⁷⁹

⁷⁸ Se Rt. 1991 s. 741, s. 743 i dommen.

⁷⁹ Se Rt. 1991 s. 600, s. 602-603 i dommen.

Etter dette sitatet synes det klart at kravet til sannsynlighet etter rettens oppfatning er sikkert, og at sannsynlighetsovervekt ikke vil være tilstrekkelig.

En oppfatning som kan sies å stamme fra den første avgjørelsen i nyere tid der dolus eventualis er brukt som forsettsform, Rt. 1980 s. 979, Haglegeværkjennelsen. De tiltalte, A og B, hadde løsnet skudd mot politiet under et basketak. A var i et basketak med 3 polititjenestemenn da han løsnet skudd, mens B stod et stykke unna da han løsnet sitt skudd. Høyesterett opprettholdt den fellende dommen for forsøk på forsettelig drap etter strl. § 233 jfr. § 49 etter et dolus eventualis-resonnement. I henhold til temaet under dette punkt formulerer flertallet, på 3 dommere, sannsynlighetskravet generelt i kjennelsen slik: ”ville foreta handlingen selv om følgen skulle inntre.”⁸⁰ Mindretallet formulerer det noe annerledes men innholdet må sies å være det samme, sitat: ”uheldige følge skulle inntreffe.”⁸¹

4.4.4 Oppsummering

Det er hovedsakelig to avgjørelser fra Høyesterett som skiller seg ut i gjennomgangen. Begge avgjørelsene formulerer tilleggsvilkåret som ”sikkert eller mest sannsynlig.” Bruddet, slik jeg ser det, kommer ved obiter dictumet i avgjørelsen fra Rt. 2004 s. 1565. Etter den rettspraksis jeg har gjennomgått synes ikke oppfatningen i avgjørelsen å ha støtte i tidligere praksis. Det er en interessant observasjon å se at Høyesterett har formulert tilleggsvilkåret ordrett slik det er formulert i forarbeidene til den nye straffeloven av 2005.⁸² Forarbeidene med denne formuleringen kom våren 2005, altså rett etter dommen i Rt. 2005 s. 83, der tilleggsvilkåret er formulert som ”sikkert.” I forarbeidene hevdes det at formuleringen er en videreføring av gjeldende rett.⁸³ Og det er vel grunn til å tro at Høyesterett har lagt stor vekt på hva forarbeidene holder for å være gjeldende rett vedrørende dette spørsmål.

⁸⁰ Se Rt. 1980 s. 979, s. 980 i kjennelsen.

⁸¹ Se Rt. 1980 s. 979, s. 982 i kjennelsen.

⁸² Se strl. 2005 § 22 c).

⁸³ Se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) punkt 16.2.4.

Dog det klart er at når den nye Straffeloven av 2005 trer i kraft vil *dolus eventualis* bli definert i lovs form. Tilleggsvilkåret vil her bli definert som ”sikkert eller mest sannsynlig.” Selv om lovgiver gjennom forarbeider pretenderer at definisjonen er en videreføring av gjeldende rett, er jeg ikke enig i så måte. Det kan virke som om Mæland siterer forarbeidene og/eller lovutkastet, da det ikke er noen nærmere begrunnelse hos han. Slik jeg tolker Andenæs og Eskeland er de også i overensstemmelse med tidligere praksis. Derimot er jeg uenig med Eskeland når han sier at definisjonen i straffeloven av 2005 ”(...)innebærer derfor på dette punkt en viss innsnevring av forsettsbegrepet i forhold til gjeldende rett.”⁸⁴ Slik jeg ser det inneholder definisjonen en utvidelse av forsettsbegrepet, og ikke en innsnevring.⁸⁵

Til tross for at det er et brudd med tidligere praksis er nok tilleggsvilkåret nå satt til ”sikkert eller mest sannsynlig” i og med den siste Høyesterettsavgjørelsen, samt den nye loven. Dette legges til grunn for den videre gang i oppgaven. Min mening er at utvidelsen av tilleggsvilkåret til og også gjelde tilfeller der gjerningspersonen ville foretatt sin handling selv om han holdt det som mest sannsynlig at gjerningsbeskrivelsen vil bli oppfylt er uheldig. I de tilfeller en ikke har en tilståelse å bygge på må en, som nevnt i punkt 2.5.2, trekke slutninger om hva gjerningspersonen har besluttet ut fra de ytre omstendigheter. Når terskelen i denne hypotesen senkes ytterligere kommer man farlig nær tilfeller av bevisst uaktsomhet.⁸⁶ Ved å spørre hva gjerningspersonen ikke ville besluttet *om* det skjedde, men om det *sannsynligvis* skjedde føler jeg at hypotesen lett kan få det svar man vil ha. Grensedragningen mellom forsettet og uaktsomheten kan, ved å legge dette tilleggsvilkåret til grunn, bli mer preget av skjønn enn før. Det tilligger for så vidt en likegyldighet i denne gjerningspersonen også, men spørsmålet bør være om det er nok til å straffes forsettelig.

⁸⁴ Se Eskeland (2006) s. 277.

⁸⁵ I samme retning Jacobsen (2006) s. 355.

⁸⁶ I samme retning NOU 1992:23 s. 188 og NOU 2002:4 s. 225.

5 Dolus eventualis som straffeutmålingsmoment

5.1 Innledning

Siden dolus eventualis utgjør den laveste formen for forsett kan en tenke seg at det i seg selv kan føre til at en eventuell straff ble satt lavere enn ved domfellelse etter for eksempel sannsynlighetsforsettet. Dette fordi straffverdigheten neppe kan sies å være like stor til sammenlikning med gjerningspersonen som holder resultatet som mest sannsynlig.

Innledningsvis nevner jeg kort at hensikt er et moment som kan vektlegges i straffeskjerpende retning, slik at dolus eventualis i den forbindelse blir å straffe mildere.⁸⁷

5.2 Rettspraksis

Standpunktet ble hevdet av forsvarer i kjennelsen inntatt i Rt. 2000 s. 2072. A ble i lagmannsretten dømt for overtredelse av strl. § 162 (1) og (2) for å ha innført ca 9 kg amfetamin og ca 47,5 kg hasj til Norge. A ble dømt til fengsel i 11 år og anket over straffeutmålingen. Angående en eventuell mildere vurdering av straffen grunnet forsett i form av dolus eventualis uttaler Høyesterett at en slik oppfatning: ”kan ikke være holdbart.”⁸⁸ Høyesterett holder det for å være like straffverdig at han lot andre plassere narkotikaen der uten å ha kontroll over kvantum som at han selv hadde plassert den der.

Dog er det en uttalelse i dommen inntatt i Rt. 2005 s. 83 som kan tyde på motsatt løsning. A og B bestemte seg en kveld for å gjøre innbrudd hos C, som var en 83 år gammel kvinne. For å bane seg adgang til huset gikk de inn i en redskapsbod og hentet ut en øks de skulle bruke for å knuse et vindu. A tok med seg øksen inn i huset, en øks A senere benyttet til å ta livet av C da hun våknet. B var ikke i samme rom som A og C når huggene ble tildelt. A og B ble dømt til henholdsvis 18 og 8 år i lagmannsretten, der A ble dømt for forsettelig drap og B for grovt ran med døden til følge. Ankene ble tillatt fremmet over straffeutmålingen. As anke ble forkastet, mens Bs anke ble tatt til følge.

⁸⁷ Se Andenæs (2004) s. 466, Eskeland (2006) s. 432 og Slettan/Øie (2001) s. 180.

⁸⁸ Se Rt. 2000 s. 2072, s. 2073 i kjennelsen.

Angående momentene i straffeutmålingen legger førstvoterende vesentlig vekt på, med tilslutning fra de øvrige dommere:

”det noe spesielle grunnlaget for at han er påført ansvar for ranet – med laveste grad av forsett – og for dødsfølgen.”⁸⁹

Det ble presisert i samme premiss at B var uforsettlig med tanke på selve dødsfølgen, så forsettet i form av *dolus eventualis* omhandler i så måte kun selve ranet. Her kan det virke som at Høyesterett tillegger det i formildende omstendigheter at forsettet foreligger etter *dolus eventualis*, dog sammenholdt med Bs manglende forbindelse med selve drapet.

Det er en tradisjon i norsk rett at Høyesterett mer eller mindre binder de lavere domstoler med tanke på straffeutmålingen og herunder relevante momenter i vurderingen, ved tilnærmet like tilfeller.⁹⁰ Med dette i bakhodet blir uttalelsen noe merkelig sett i lys av det bastante utgangspunkt fra Rt. 2000 s. 2072, som jo peker i motsatt retning. Det kan vel stilles et spørsmål om ikke det her heller er ment som et utslag av en vurdering av straffverdigheten, fremfor et uttrykk for at *dolus eventualis* er en skyldform som bør dømmes mildere enn andre former for forsett.

5.3 Juridisk teori

I den juridiske teori er utvist skyld hos gjerningspersonen et av de momenter i straffeutmålingen som ansees mest viktig i vurderingen, ved siden av gjerningens objektive grovhet. Når det sondres mellom utvist subjektiv skyld i så måte, er det om handlingen er utført forsettlig eller uaktsomt, herunder grov og simpel uaktsomhet.⁹¹ Derimot hevder Eskeland at graden av skyld innenfor den skyldform som kreves i straffebudet har betydning for straffeutmålingen, selv om han ikke direkte problematiserer forholdet til *dolus eventualis*.⁹² Andenæs påpeker på sin side at det som ”er naturlig å fremheve, er

⁸⁹ Se Rt. 2005 s. 83, premiss 17 i dommen.

⁹⁰ Se Andenæs (2004) s. 457, Eskeland (2006) s. 373, Mæland (2004) s. 173 og Slettan/Øie (2001) s. 179.

⁹¹ Se Mæland (2004) s. 174 og Slettan/Øie (2001) s. 180.

⁹² Se Eskeland (2006) s. 432.

graden av forsett eller uaktsomhet”⁹³ Eksempelet Andenæs bruker innenfor forsettet er affekt, og at det som regel fører til lavere straff.

5.4 Oppsummering

Dog uttrykker Andenæs at hovedregelen for straffeutmålingen er ”den alminnelige moralske dom over handlingen.”⁹⁴ Sett i lys av det kan en nok trekke noen mer generelle linjer angående dolus eventualis og straffeutmåling. Dolus eventualis-tilfellene kan strekke seg over et vidt spekter av straffverdighet, og således også med følgende varierende moralsk fordømmelse. Men å gå til det skritt å si at dolus eventualis er et moment i formildende omstendighet, i seg selv, er nok å trekke det for langt. En forsettelig handling er i utgangspunktet like straffverdig uansett hvilken forsettsform en felles etter, der momenter som hensikt og overlegg nok vil være med på å forhøye straffen. Med tanke på at de typiske tilfellene av saker der dolus eventualis blir brukt som forsett, som for det meste er narkotikasaker, er det neppe naturlig å innta det standpunkt at dolus eventualis er noe formildende moment i seg selv. Det er utvist en stor grad av likegyldighet fra gjerningspersonens side for resultatet, samt at den kriminelle vilje viser seg i beslutningsprosessen som retten må finne bevist at lå til stede.

6 Dolus eventualis og de ulike delikter

6.1 Innledning

Når dolus eventualis eksemplifiseres i juridisk teori eller i forarbeidene benyttes det stort sett i forhold til skadedelikter, helst følgedelikter.⁹⁵ Det begrunnes ofte i at det er lettere å formulere dolus eventualis i henhold til en følge. Men forsett i form av dolus eventualis kan

⁹³ Se Andenæs (2004) s. 466.

⁹⁴ Se Andenæs (2006) s. 466.

⁹⁵ Se for eksempel Andenæs (2004) s. 236, Mæland (2004) s. 121 og NOU 1992:23 s. 116.

konstateres ved samtlige typer delikter blant straffebudene.⁹⁶ Det er det jeg vil forsøke å gjøre under dette kapittel. Skillet mellom de ulike typene delikter kan være vage og en bestemmelse kan ofte sies å være flere typer delikter. Medvirkning kan også sies å være en egen deliktstype, men forholdet mellom dolus eventualis og medvirkning vil bli behandlet i punkt 7 nedenfor.

6.2 Hovedinndeling av de ulike deliktene⁹⁷

En kan dele opp straffebudene i to hovedtyper, straffebud som forbyr noe, adferdsdeliktene, og straffebud som påbyr noe, unnlatelsesdeliktene. Det foretas videre en oppdeling på tvers av disse to hovedtypene i flere undergrupper. Som eksempel på førstnevnte kategori, adferdsdelikter, kan nevnes strl.§§ 229, 257 og 192. Som eksempler på unnlatelsesdelikter kan det vises til strl.§§ 242 og 387.

6.3 Følgedelikter og handlingsdelikter

6.3.1 Innledning

Adferdsdeliktene kan videre deles opp i følgedelikter og handlingsdelikter. Følgedeliktene retter seg mot følgen av handlingen, mens handlingsdeliktene retter seg mot selve handlingen i seg selv. Strl.§ 233 er et typisk følgedelikt som retter seg mot den som ”forvolder en andens Død,” altså følgen av handlingen. Derimot retter strl.§ 228 seg mot ”den som øver vold” altså selve handlingen, og er således et handlingsdelikt. Andre typiske handlingsdelikter er dokumentfalsk etter strl.§ 185 samt forbudet mot å bære kniv på offentlig sted jfr. strl.§ 352a.

Videre kan en dele følgedeliktene opp i skadedelikter og faredelikter. Skadedelikter retter seg mot skaden gjerningspersonen har påført noen. Mens faredelikter retter seg mot den fare som er skapt ved, som oftest, en gitt aktivitet. Eksempler på skadedelikter kan være strl.§§ 229, 233 og 291, mens §§ 150, 155 og 157 kan tjene som eksempler på faredelikter. Det kan nok sies at §§ 150 og 155 er blandingsdelikter da de inneholder også et alternativ

⁹⁶ Se Ot.prp.nr 90 (2003-2004) s. 116.

⁹⁷ Oppsettet er hentet fra Eskeland (2006) s. 185.

mot følgen, men i denne sammenheng er det først og fremst farealternativet som er aktuelt.⁹⁸

6.3.2 Dolus eventualis ved følgedelikter

Ved følgedeliktene, skade- og faredelikter, reises det færrest problemer ved formuleringen av dolus eventualis. Spørsmålet blir om gjerningspersonen har innsett muligheten for at hans handling kan medføre en skade, eller evt. en fare, og han har bestemt seg for at han vil utføre handlingen selv om den aktuelle skade, eller fare for skade, vil inntreffe.

Ved for eksempel drap, etter strl. § 233, vil spørsmålet bli om A har innsett muligheten for at hans øksehogg mot Bs hode kan medføre Bs død, og A har bestemt seg for at Bs død ikke skal hindre han i å svinge øksen. Her vil det også være et spørsmål om årsakssammenheng mellom hugget og Bs død, som ved alle følgedelikter.

Som eksempel på faredelikt kan vi ta utgangspunkt i strl. § 157 andre alternativ. Den som under legevirksomhet innser muligheten for at behandlingsmåten han nå utfører kan utsette noens liv eller helbred for fare, og som bestemmer seg for at han vil utføre denne behandlingsmåten selv om den vil resultere i at det oppstår fare for liv og helse. Han kan dømmes for forsettlig overtredelse av strl. § 157 andre alternativ.

6.3.3 Dolus eventualis ved handlingsdelikter

Under denne type delikter er det selve handlingen forsettlig må dreie seg om, i motsetning til følgedeliktene over som retter seg mot følgen av handlingen. Med andre ord må selve handlingen utføres forsettlig og det er her dolus eventualis kan konstateres. Spørsmålet blir således ikke om gjerningspersonen skjønnte at hans handling kunne defineres som vold etter strl. § 228, det er et spørsmål om rettsvillfarelse, men om han har utøvd volden forsettlig. Et dolus eventualis-resonnement vil passe dårlig her. Resonnementet vil bli klønete og unødvendig tungvint i en drøftelse om vold. Det bør legges til at konstateringen av forsett ved vold reiser sjelden noen bevisproblemer, problemene vil som

⁹⁸ Se Andenæs (2004) s. 109.

oftest rette seg mot eventuelt om det foreligger forsett med tanke på følgen eller om det kan sies å være provokasjon. Resonnementet måtte blitt noe sånt som: gjerningspersonen har innsett muligheten av at den bevegelse han setter høyrearmen i vil kunne føre den frem mot offeret med stor kraft, og bestemte seg for at selv om han skulle ramme offeret med slaget ville han satt hånden i bevegelse.

Et *dolus eventualis*-resonnement blir lettere å formulere i henhold til strl. § 185, om forfalskning av offentlig protokoll. Den gjerningsperson som innser muligheten for at det han skriver inn i protokollen er falsk, slik at protokollen blir forfalsket, og bestemmer seg for at han vil skrive falsk selv om protokollen skulle bli forfalsket, har overtrådt bestemmelsen forsettlig etter *dolus eventualis*.

Det kan spørres om ikke narkotikaforbrytelser etter strl. § 162, som de fleste sakene om *dolus eventualis* i Høyesterett dreier seg om, er et handlingsdelikt. Det som er forbudt etter bestemmelsen er den eksplisitte utøvende handlingen, for eksempel å erverve narkotika. Bak dette ligger det et hensyn om skadepotensialet som erfaringsmessig følger av narkotika, og herunder også en vurdering av spredningsfaren. Men det er selve handlingen som er gjort straffbar. Å statuere *dolus eventualis* ved forbrytelser mot § 162 har etter Høyesterettspraksis vist seg meget mulig. Jeg viser til dommer omtalt ovenfor i oppgaven, der et stort flertall av avgjørelsene omhandler narkotika.

6.4 Ekte og uekte unnlatelsesdelikter

6.4.1 Innledning

Unnlatelsesdeliktene retter seg mot den passive handlingen, slik at det å ikke handle blir en handling i seg selv som er belagt med straff. Gruppen deles gjerne opp i to typer, ekte- og uekteunnlatelsesdelikter. Der lovteksten retter seg mot en direkte unnlatelse snakker man om et ekte unnlatelsesdelikt. Strl. § 387 er et godt eksempel på et ekte unnlatelsesdelikt, da bestemmelsen retter seg mot den som unnlater å hjelpe noen som er i overhengende fare.

Derimot om straffebudet retter seg mot en aktiv handling, men det samtidig kan sies at gjerningspersonens unnlatelse kan falle inn under gjerningsbeskrivelsen har vi med et uekteunnlatelsesdelikt å gjøre. Utgangspunktet er at en ikke straffes for ens passivitet, men under nærmere angitte forutsetninger kan også den passive gjerningsperson straffes. Andenæs nevner en ikke-uttømmende liste med omstendigheter som ifølge han begrunner at unnlatelse blir straffebelagt. Av disse omstendighetene nevnes farevoldende handling, tilsynsplikter herunder tilsyn med eiendom, ansatte og barn, omsorgsplikter, kontrakt, offentlig tjenestestilling og konkludent passivitet.⁹⁹ Begrunnelsen for dette utgangspunkt ligger i at straffebudets ordlyd kun retter seg mot den aktive handling, og ikke den passive. Ved drøftelsen av om den konkrete unnlatelsen burde sanksjoneres med straff er det særlig to kriterier som synes avgjørende i teorien. For det første spørres det om ordlyden i straffebudet er vid nok slik at forholdet kan sies å falle inn under en tolkning av straffebudet. For det andre spørres det om unnlatelsen er tilstrekkelig straffverdig til at den bør belegges med straff.¹⁰⁰ Videre må det ligge en forventning i at gjerningspersonen skulle handlet, og denne forventningen kan være varierende etter de subjektive forhold. Andenæs trekker frem forskjellen på forventning fra en jernbaneansatt som ser at skinnene er tatt av raset, og turgåeren som ser samme ras.¹⁰¹

Strl.§233 kan tjene som eksempel. I uttrykket ”forvolde” ligger det i første rekke en aktiv handling, men adgangen til å la en unnlatelse falle inn under uttrykket er absolutt til stede. Om en kan si at gjerningspersonens unnlatelse har forvoldt en annens død, kan han dømmes for forsettlig drap etter strl.§ 233 om forholdet er såpass straffverdig at det er mer rimelig å felle etter § 233, og ikke etter den mildere bestemmelsen i strl.§ 387.

Uekte unnlatelsesdelikter kan således kalles mer et resultat av en fortolkningsprosess enn en egen gruppe straffebud. Samtidig må det nevnes at enkelte straffebud neppe kan sies å

⁹⁹ Se Andenæs (2004) s 141-148. Se også Eskeland (2006) s. 195, Mæland (2004) s. 91 og Slettan/Øie (2001) s. 76.

¹⁰⁰ Se Andenæs (2004) s. 141, Eskeland (2006) s. 195, Mæland (2004) s. 91 og Slettan/Øie (2001) s. 76.

¹⁰¹ Se Andenæs (2004) s. 139.

kunne bli overtrådt av en passiv gjerningsperson. Voldtekt etter strl.§ 192 kan brukes som eksempel. Tvang er et stikkord for alternativene i bestemmelsen, og tvang kan vanskelig tenkes utført passivt. Dog kan den passive gjerningsperson muligens dømmes som medvirker, ved at han gir en form for stilletende aksept som styrker hovedpersonens forsett psykisk.

Mer i grenseland vil det nok være der det er snakk om unnlatelse i henhold til skadeverk etter strl.§ 291. En kan tenke seg museumsvakten som unnlater å gripe inn overfor pøblene som tagger på museets afrikanske ansiktsmasker. Om pøblene innser at de er oppdaget og videre skjønner at vakten ikke vil gripe inn, kan en nok si at vakten styrker pøblenes forsett og således kan dømmes for medvirkning til skadeverk. Bestemmelsen inneholder riktignok et medvirkningstillegg i andre ledd, men utfallet ville etter mitt syn blitt det samme uansett. Om en derimot velger den innfallsvinkel at vakten her har en plikt, i form av (arbeids)kontrakt, tilsynsplikt eller liknende, til å forhindre skadeverk, kan det nok være mer naturlig å dømme han for unnlatelse og da for skadeverket selv om han ikke har skadet noe selv. Avgjørende for subsumsjonen vil nok være hvor straffverdig en finner handlingen og hvordan en da vil formulere reaksjonen. Selve straffen vil nok bli den samme uansett hvilken innfallsvinkel en benytter seg av.

6.4.2 Dolus eventualis ved ekte unnlatelsesdelikter

Ved ekte unnlatelsesdelikter er det viktig å gjøre en nokså selvfølgelig presisering først. Å prøve å formulere dolus eventualis ved straffebud som har uaktsomhet som inngangsvilkår er lite hensiktsmessig. Om det holder med uaktsomhet for å konstatere tilstrekkelig skyld, vil det om det evt. foreligger forsett kun bli et moment i straffeutmålingen. Da de fleste ekte unnlatelsesdeliktene er å finne i straffelovens del om forseelser innebærer dette en avgrensing. Etter strl. § 40 (2) er hovedregelen for skyld, når det er snakk om unnlatelser som er forseelser, uaktsomhet. Samtidig er det enkelte unntak fra denne hovedregelen, der skyldkravet er forsett. Det går da frem av straffebudet at det krever forsett, enten står det

ekspisitt eller så er det underforstått.¹⁰² Det er disse straffebudene som krever forsett jeg vil se nærmere på.

Temaet for forsettsvurderingen vil da bli om gjerningspersonen har innsett muligheten for at hans unnlattelse vil kunne resultere i den følge som er beskrevet i straffebudet, og han bestemmer seg for at han vil unnlate å handle selv om denne følgen inntreffer. Det spørres ikke om gjerningspersonen kjenner til gjerningsbeskrivelsen. Det blir et spørsmål i en vurdering av rettslig villfarelse, og er således ikke aktuelt her.

Strl.§ 324 kan tjene som eksempel. Om den offentlige tjenestemann innser muligheten for at han er pliktig i å utføre en nærmere bestemt handling, og han bestemmer seg for at han ikke ville utført den selv om den var pliktig, har han forsettelig unnlatt etter dolus eventualis.

Likedan med strl.§ 347. Om den overordnede har innsett at det er mulig en av hans underordnede utfører en forseelse, og han har bestemt at han ikke vil gripe inn å hindre han i dette, altså unnlate, selv om den underordnede foretar forseelsen, har den overordnede utvist forsett etter dolus eventualis.

Et eksempel på en forbrytelse som retter seg mot unnlattelse viser jeg til strl. § 275, som da etter strl. § 40 krever forsett for å dømmes for overtredelse. Bestemmelsen krever enten vinnings hensikt eller en form for skadehensikt, uten at det gjør noen endringer for vurdering av forsettet.¹⁰³ Om gjerningspersonen innser muligheten for at hans unnlattelse kan forsømme en annens anliggende, og bestemmer seg for at selv om unnlattelsen skulle fått dette resultat, så vil han fortsatt unnlate å handle, er dette nok til å konstatere forsett etter dolus eventualis. En evt. drøftelse angående hensikt vil komme i tillegg til den vanlige forsettsvurderingen, det er dette som ligger i det subjektive overskudd.

¹⁰²Se f. eks. strl.§§ 324, 327 (2), 333, 336 (2) og 347.

¹⁰³ Se Andenæs (1996) s. 134.

6.4.3 Dolus eventualis ved uekte unnlatelsesdelikter

Ved uekte unnlatelsesdelikter blir formuleringen av dolus eventualis den samme som ved følgedeliktene. Dette følger av at det her er de samme straffebud som benyttes, bare at de nå retter seg mot den passive handling, fremfor å rette seg mot den aktive handling.

Spørsmålet blir således om gjerningspersonen har innsett muligheten for at hans unnlatelse kan oppfylle det som er beskrevet i gjerningsbeskrivelsen, og at gjerningspersonen har bestemt seg for at han vil unnlate selv om følgen skulle inntre.

Faktum i Rt. 1978 s. 147 kan tjene som eksempel. I dommen var riktignok ikke forsettsdrøftelsen satt på spissen, temaet var om en nødvergehandling kunne sies å lempe plikten til å hjelpe, men faktum kan anvendes i eksempelet. A og B var ute i en båt. A, som var beruset, gjorde en homoseksuell tilnærming overfor B, en tilnærming B avverget med en ørefik som sendte A i det kalde vannet. B fortsatte å kjøre båten for full fart uten å gjøre noen innsats for å redde A. B ble dømt i lagmannsretten for forsettlig drap etter strl. § 233, og dommen ble opprettholdt i Høyesterett. Jeg kan ikke se noe annet enn at B i en slik situasjon også kunne dømmes for forsettlig drap etter et dolus eventualis-resonnement. Om en kan tenke seg at B her innså muligheten for at A ville drukne i det kalde vannet og B bestemte seg for at han ikke ville hjelpe A til tross for det, kan B straffes for forsettlig drap.

Vi kan tenke oss eksempelet med museumsvakten som nevnt over i punkt 6.4.1.

Museumsvakten innser muligheten for at om han ikke griper inn mot pøblene vil de utføre skadeverk på museumsgjenstander, og samtidig bestemmer han seg for at selv om pøblene skulle skade gjenstandene så vil han ikke gjøre noe for å hindre dem. Vakten kan da dømmes for å forsettlig ha skadet gjenstandene ved sin unnlatelse. Konklusjonen forutsetter jo at forholdet er så straffverdig at det bør belegges med straff og at vakten hadde en viss mulighet til å gripe inn overfor pøblene. At bestemmelsens ordlyd er vid nok til å dekke også dette forholdet synes greit.

6.5 Oppsummering

Ved de ulike deliktene vil det være mer eller mindre naturlig å statuere forsett i form av dolus eventualis. Ved de typiske følgedeliktene, som for eksempel drap, vil det være mer naturlig å statuere dolus eventualis enn ved handlingsdelikter, for eksempel forfalskning av protokoll. Ved en forfalskning er det typisk at man har en hensikt bak det og vet utmerket godt hva en begir seg ut på. Forsettet kan da enkelt statueres ved hensiktsforsett og, tilnærmet uansett, ved sannsynlighetsforsett. Ved vold er problemet i så måte mer knyttet opp mot at det virker unaturlig å knytte en lengre forsettsdrøftelse til selve voldsutøvelsen. Det vil være forskjell på den kelner som snubler med serveringsbrettet over kunden, og den kelner som tømmer det samme brettet i fanget på den uhøflige kunden. Akkurat rundt voldsutøvelse vil omstendighetene rundt i stor grad være førende for selve forsettsvurderingen. Men det er ingen delikter som, i seg selv, setter noen hindringer for å anvende et dolus eventualis-resonnement.

Ved de uekte unnlatesdeliktene må gjerningspersonen ha tatt den beslutning at han ikke vil handle. Dette avgrenser i så måte mot de som ikke tenker noe særlig mer over situasjonen og som da bare lar livet gå sin gang. Når gjerningspersonen i tillegg har tatt denne beslutning sier det noe om hvor straffverdig forholdet er. Er det en betrodd tjenestemann, en som har påtatt seg å ha tilsyn eller liknende, vil det ikke være vanskelig å si at det er straffverdig når han er så til de grader likegyldig.

7 Dolus eventualis ved medvirkning

7.1 Innledning

Det er ikke bare selve utøveren av handlingen som kan straffes, men også andre som bistår han kan falle inne under straffeansvar etter medvirkningsansvaret. Hvem som utfører og hvem som er medvirker trenger ikke nødvendigvis å ha noe med hvem som er hovedpersonen bak forbrytelsen. Narkotikabaronen er, for eksempel, hovedpersonen i en

rekke forbrytelser, selv om det er hans løpegutter som direkte utfører de ulike kriminelle handlingene. Motsatt kan tenkes for den som holder vakt utenfor et hus kameraten hans på forhånd har sett seg ut og nå utfører innbrudd i. Her vil kameraten bli regnet som hovedpersonen. Medvirkningsansvaret følger ikke av en generell bestemmelse i straffeloven, men enkelte straffebestemmelser inneholder et medvirkningsdelikt, de ekte medvirkningsdelikter. Dette utgangspunkt har imidlertid en modifikasjon. I tillegg til de straffebud som eksplisitt rammer medvirkning, og det er de fleste, kan det konstateres medvirkning der handlingen ”etter en naturlig tolkning rammes av straffebudet,” de uekte medvirkningsdelikter.¹⁰⁴ Det som blir avgjørende for om handlingen rammes er med andre ord ikke om den i og for seg kan kalles en medvirkningshandling, men om den kan falle inn under en tolkning av det aktuelle straffebud.¹⁰⁵ Denne ordning av straffebudene med tanke på medvirkning vil ta slutt med den nye straffeloven av 2005, som vil innføre en generell medvirkningsbestemmelse.¹⁰⁶ Jeg vil i denne delen av oppgaven se på forholdet mellom medvirkning og dolus eventualis.

7.2 Fysisk og psykisk medvirkning

Når det gjelder selve medvirkningshandlingen, altså hva medvirkeren faktisk må ha gjort for å kunne kalles en medvirker deles det gjerne inn i to hovedgrupper bestående av fysisk og psykisk medvirkning. Den fysiske medvirkningen er den enkleste å beskrive. Den består i å fysisk hjelpe hovedpersonen i utførelsen av den kriminelle handlingen. Eksempler kan være å holde vakt ved et innbrudd, skaffe våpen til et ran, stå klar med fluktbil og så videre.

Den psykiske medvirkningen derimot består i hva man sier eller gir uttrykk for på andre måter. Et eksempel kan være at man overtaler en kamerat til å ta med seg en pakke med narkotika over grensen. Eller man gir råd til kameraten om hvordan han best kan gjemme pakken, om landoverganger etc. Men også andre, mer subtile former, for medvirkning

¹⁰⁴ Se Andenæs (2004) s. 332, Eskeland (2006) s. 207, Mæland (2004) s. 85 og Slettan/Øie (2001) s. 83 samt jfr. Rt. 1936 s. 612.

¹⁰⁵ Se Andenæs (2004) s. 331, Eskeland (2006) s. 207, Mæland (2004) s. 85 og Slettan/Øie (2001) s. 83

¹⁰⁶ Se strl. (2005) § 15.

rammes. Om man gir uttrykk for at dette ikke er noe man tar avstand fra, men kanskje til og med vil, kan en bli rammet av medvirkningsansvaret. I den forbindelse, kan bare det å være på åstedet med gjerningspersonen når handlingen utføres være nok til at man kan si man har medvirket psykisk. Som en fellesnevner sier en gjerne at medvirkeren må ha styrket gjerningspersonens forsett med sin handling. Og da en alltid kan sies å medvirke psykisk når en medvirker fysisk, men ikke nødvendigvis motsatt, er psykisk medvirkning det laveste trinnet en må passere for å bli dømt som medvirker.¹⁰⁷

7.3 Medvirkerens utviste skyld

For å dømme for medvirkning til overtredelse av et straffebud som krever forsett må medvirkeren også ha utvist forsett.¹⁰⁸ Skyldkravet for medvirkningshandlingen og for den direkte utførelse fra gjerningspersonen er med andre ord det samme. Det kan legges til at de straffebud i straffeloven som har medvirkningstillegg krever forsett, men i spesiallovgivningen kan man treffe på eksempler der medvirkning til en uaktsom overtredelse er straffebelagt.¹⁰⁹ Medvirkeren har en mer perifer rolle i hendelsesforløpet enn gjerningspersonen og det ville vært underlig om kravet til utvist subjektiv skyld da skulle vært lavere. Skyldkravet gjelder begge typene av medvirkningsdelikter, både de ekte og de uekte.

Forskjellen på de to deliktene er at ved de ekte deliktene er det ikke krav om at medvirker har oppfylt hele gjerningsbeskrivelsen, mens han i de uekte medvirkningsdeliktene må sies å ha oppfylt alle momenter i gjerningsbeskrivelsen. Begrunnelsen for dette er kravet om lovhjemmel for å straffe. Der medvirkning er et eget tillegg i straffebudet er lovkravet oppfylt på den måten. Mens for de uekte medvirkningsdeliktene må medvirker ha oppfylt hele gjerningsbeskrivelsen for å oppfylle lovskravet, ellers har han jo ikke overtrådt noen bestemmelse som er belagt med straff. Denne avgrensingen utelukker enkelte straffebud som ikke kan sies å ramme medvirkningshandlingen. Et eksempel kan være strl.§ 115 som

¹⁰⁷ Se Eskeland (2006) s. 199.

¹⁰⁸ Se Eskeland (2006) s. 199, Mæland (2004) s. 83.

¹⁰⁹ Se Andenæs (2004) s. 331.

retter seg kun mot offentlig tjenestemann. Bestemmelsen inneholder intet medvirkningstillegg så den som for eksempel overtaler en offentlig tjenestemann, men som selv ikke er det, kan neppe straffes etter bestemmelsen.

Om en tenker seg A og B som planlegger et ran, der A skal utføre ranet mens B skal skaffe utstyr og holde vakt i fluktbilen. En kan vanskelig si at B her har bemektiget seg en annens gjenstand ved å øve vold. Han har ikke oppfylt noen av vilkårene i gjerningsbeskrivelsen i strl. § 267. Men etter strl. § 267 (3) er medvirkning til ran også straffbart og straffes på samme måte som selve ranet. At Bs handlinger her kan kalles medvirkning er det liten tvil om. Kravet for å dømme B for ran er at han har handlet forsettlig, da § 267 krever forsett.

7.4 Dolus eventualis ved ekte medvirkingsdelikter

7.4.1 Innledning

Når gjerningspersonen ikke har overtrådt hele, eller deler av, gjerningsbeskrivelsen er det avgjørende for om man belegger hans handling med straff om han ”har utvist det *minimum av straffverdighet* som en handling i samsvar med gjerningsbeskrivelsen forutsetter.”¹¹⁰

Som ved ranseksempelet over vil en nok si at det å skaffe våpen og sitte klar i fluktbilen til et ran er såpass straffverdig at han bør straffes. Medvirkerens forsett må dekke at gjerningspersonen skal utføre en bestemt kriminell handling, med andre ord bryte et, eller flere konkretiserte, straffebud.¹¹¹

7.4.2 Fysisk medvirkning

En kan formulere et generelt dolus eventualis-resonnement ved fysisk medvirkning. Har medvirkeren innsett muligheten av at hans handling vil medvirke til gjerningspersonens forbrytelse og medvirkeren bestemmer seg for at det ikke skal hindre han fra å hjelpe gjerningspersonen, så kan medvirkeren dømmes for forsettlig medvirkning.

¹¹⁰ Se Eskeland (2006) s. 199.

¹¹¹ Se Eskeland (2006) s. 199, Mæland (2004) s. 83.

Vi kan illustrere med ranseksempelen over. Når medvirkeren skaffer utstyr etc. til gjerningspersonen må medvirkeren, for å dømmes for forsettlig medvirkning, ha innsett muligheten for at gjerningspersonen skal bruke dette utstyret til ranet. Har han i tillegg bestemt seg for at selv om gjerningspersonen bruker dette utstyret til ranet, så vil medvirkeren fortsatt skaffe han det. Øyeblikkelig er det her en sontring som må gjøres. Det kreves at medvirker vet om hvilket lovbrudd gjerningspersonen skal gjøre.¹¹² Riktignok kreves det ingen årsakssammenheng mellom medvirkningshandlingen og gjerningspersonens handling i betydningen at medvirkningshandlingen har vært nødvendig. Men det kreves at medvirkningshandlingen har vært med på resultatet.¹¹³ Og siden det kreves utvist forsett med tanke på gjerningsbeskrivelsen, må medvirkerens beslutning omhandle den konkrete gjerningsbeskrivelsen for at han kan dømmes for forsettlig medvirkning. Premiss 11 fra Rt. 2004 s. 1769, sitert over i punkt 4.3.2, er i så måte illustrerende.

Om hendelsesforløpet tar en annen utvikling enn forutsatt kan en også statuere forsett i form av *dolus eventualis*. Et eksempel kan være faktum i Rt. 1995 s. 128, *Andrawes II*. *Andrawes* hadde medvirket til en flykapring. Når flyet kom på bakken, men før kapringen var over, skjøt gjerningsmannen flykapteinen i hodet. *Andrawes* ble frikjent i lagmannsretten, men Høyesterett opphevet den frifinnende dommen. Her kan en tenke seg å anvende et *dolus eventualis*-resonnement. Om *Andrawes* innså muligheten for at flykapringen ville ende i at noen ble drept, og hun bestemte seg for at selv om noen ble drept, så ville hun være med på kapringen. Da kan hun dømmes for medvirkning til forsettlig drap etter strl. § 233. Her kan det innskytes at hun bare ved å være med på kapringen med våpen kan sies å ha medvirket psykisk til gjerningspersonens handling, uten at det er så veldig relevant i denne vurdering om *dolus eventualis*.

Samme løsning blir det der tyven stjeler for mer enn det medvirkeren som sitter i fluktbilen først trodde, jfr. faktum i Rt. 1974 s. 622. Har medvirkeren innsett muligheten av at

¹¹² Se Eskeland (2006) s. 199 og Mæland (2004) s. 83.

¹¹³ Se Andenæs (2004) s. 326, Eskeland (2006) s. 198, Mæland (2004) s. 87 og Slettan/Øie (2011) s. 85.

gjerningspersonen ville stjele mer, og han har bestemt seg for at han vil fortsatt være med på forbrytelsen selv om gjerningspersonen tar mer, kan han dømmes for medvirkning til grovt tyveri etter strl.§ 258.¹¹⁴

7.4.3 Psykisk medvirkning

Et eksempel kan være der A overtaler B til å utføre en kriminell handling. Om A har innsett muligheten av at hans overtalelse vil føre til at B utfører den kriminelle handlingen, og han ville overtalt B selv om B skulle utføre den kriminelle handling, kan A straffes for forsettlig medvirkning etter dolus eventualis. Eksempelet er nok lite praktisk, da en som overtaler en annen vil kunne dømmes etter hensiktsforsett og en drøftelse av dolus eventualis vil være unaturlig. Det ligger jo nettopp i en overtalelse at man ønsker et bestemt utfall.

Rådgivning fra As side og hvordan B best bør utføre handlingen vil være et tilfelle der dolus eventualis relativt greit kan konstateres. Om A har innsett muligheten for at B på bakgrunn av As råd vil begå en konkret straffbar handling, og A bestemmer seg for at selv om det fører til at B begår den handlingen vil han komme med råd.

En annerledes situasjon kan oppstå der A og B sitter og snakker, mer eller mindre løst og fast, om å utføre et tenkt drap på deres felles uvenn C. A tar det B fabler om mer seriøst enn B gjør og går etter samtalen hen og dreper C. Kan en i et slikt tilfelle konstatere forsett med tanke på medvirkningen? Spørsmålet blir om B har innsett muligheten for at det han sier kan påvirke A til å ta livet av C, og B har bestemt seg for at selv om det skjer vil han fortsette samtalen. Noe veldig godt egnet synes resonnementet ikke å være, verken på eksempelet over eller eksempelet her. Bevisproblemene skal ikke berøres nærmere her, men det sier seg selv at å føre bevis for hva B besluttet vedrørende tilleggskravet her synes bortimot umulig. Riktignok må en, som alltid ved konstatering av forsettet, slutte det subjektive fra det objektive, men feilkildene for en slik slutning her vil være mange.

¹¹⁴ I samme retning Mæland (2004) s. 88.

Derimot kan et dolus eventualis-resonnement ha noe mer for seg når det gjelder psykisk medvirkning i form av at medvirkeren er med gjerningspersonen på åstedet, uten å nødvendigvis utføre noen straffebelagt handling. Om medvirkeren her har innsett muligheten for at han kun ved sitt blotte nærvær fremmer gjerningspersonens mot, og bestemmer seg for at han vil være med gjerningspersonen selv om det fører til at gjerningspersonens mot blir så sterkt at det resulterer i en bestemt kriminell handling kan medvirkeren dømmes for medvirkning etter dolus eventualis. Imidlertid er det her et poeng å minne om at medvirkeren må vite hva gjerningspersonen har tenkt å foreta seg. Om medvirkeren innser muligheten av at hans blotte nærvær øker gjerningspersonens mot, og bestemmer seg for at han vil fortsette å være med gjerningspersonen selv om motet skulle resultere i en eller annen kriminell handling, kan han neppe dømmes for medvirkning. Nettopp fordi medvirkeren ikke har utvist tilstrekkelig forsett med tanke på gjerningsbeskrivelsen.

7.5 Dolus eventualis ved uekte medvirkningsdelikter

7.5.1 Innledning

Som sagt over må forsettet ved denne type medvirkningsdelikter rette seg mot hele gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Konstateringen av forsettet blir således som ellers ved de ulike straffebud. Det kreves ikke at medvirkeren har innsett muligheten av at hans handling kan kalles en medvirkningshandling, det er et spørsmål om rettsvillfarelse. Så spørsmålet blir om medvirkeren har innsett muligheten for at hans handling oppfyller gjerningsbeskrivelsen og han har bestemt seg for å utføre handlingen selv om gjerningsbeskrivelsen blir oppfylt.

Som eksempel kan en ta strl.§ 115 som retter seg mot den offentlige tjenestemann som tar i bruk ulovlige midler for å få en forklaring i en gitt retning. Som sagt over i punkt 7.3 vil ikke bestemmelsen ramme andre enn offentlige tjenestemenn. Men sett at A og B begge er offentlige tjenestemenn, og at A også har interesse i at B får C til å forklare seg uriktig. Om A har innsett at hans handling kan være med på å hjelpe B i hans påvirkning på C, og A

bestemmer seg for at selv om det skjer så vil han hjelpe B. I det tilfellet må A, etter min mening, kunne dømmes for forsettlig medvirkning etter et dolus eventualis-resonnement.

7.5.2 Fysisk medvirkning

Den fysiske medvirkningen må dekke alle momenter i gjerningsbeskrivelsen. Om en tar utgangspunkt i eksempelet over. A har skaffet B en gjenstand eller bilder egnet for utpressing etc. som B skal benytte for å påvirke C. A kan straffes for medvirkning om han innså muligheten for at bildene skulle brukes for å påvirke C, og A bestemte seg for at selv om de skulle brukes til dette formål ville han fortsatt overlevert de til B.

7.5.3 Psykisk medvirkning

Om A heller overtaler B til å påvirke C kan A dømmes for psykisk medvirkning. A må da ha innsett at hans samtaler med B kan være med på å styrke Bs plan om å påvirke C, og A må ha bestemt seg for at selv om det skjer så vil han overtale B. Igjen ser vi at overtale og dolus eventualis harmoniserer dårlig. Mer praktisk blir det om A opptrer på en slik måte at B føler han har A med seg. Spørsmålet blir det samme. Har A innsett muligheten for at hans opptreden styrker Bs mot og har A bestemt seg for at selv om hans handlinger påvirker B på denne måten vil han fortsette som han gjør. Det kan samtidig spørres om det i det hele tatt foreligger en medvirkningshandling her. Medvirker har strengt tatt ikke foretatt seg noe. For at tilfelle skal være straffverdig nok til å belegge med straff må medvirkeren, ved sin unnlatelse, klart gitt uttrykk for at han ikke vil gripe inn på noen som helst måte. Medvirkeren kan i slike situasjoner nok sies å ha styrket gjerningspersonens forsett tilstrekkelig for å dømmes for medvirkning.¹¹⁵

7.6 Oppsummering

Som de typetilfellene jeg har vist når det gjelder psykisk medvirkning vil et dolus eventualis-resonnement i de tilfeller passe heller dårlig. Å spørre om en som bevisst overtaler en annen til å begå kriminalitet har innsett muligheten av at han, som sådan, styrker den andres forsett, er unødvendig. Hele poenget bak overtalelsen er jo å få

¹¹⁵ Se Andenæs (2004) s. 148.

handlingen gjort, og en annen statuering av forsett enn hensiktsforsett virker lite naturlig. Spørsmålet kommer mer på spissen i de situasjoner der medvirkeren styrker gjerningspersonens forsett ved å være med han uten nødvendigvis å gjøre noe. I slike situasjoner kan straffverdigheten tale for å benytte seg av et *dolus eventualis-resonnement*, men bevissituasjonen vil ofte være vanskelig her som ellers.

Derimot å konstatere forsettlig medvirkning i form av *dolus eventualis* ved fysisk medvirkning er langt mindre problematisk. Avgjørelsen i Rt. 2004 s. 1769 illustrerer dette godt. *Dolus eventualis* brukes spesielt ved narkotikatilfeller og er også godt egnet ved medvirkning til narkotikakriminalitet, herunder spesielt i form av kvantum og type narkotika. Men også ved kriminalitet der forholdet utvikler seg annerledes enn først antatt kan en benytte et *dolus eventualis-resonnement* for å få frem graden av straffverdighet.

8 Dolus eventualis og forsøk

8.1 Innledning

En kriminell handlings liv kan deles opp i tre stadier. Først kommer den forberedende handling, typisk å kjøpe våpen til et ran. Deretter kommer forsøket, gå inn i banken med våpen. Før det avsluttes med en fullbyrdet handling, tvinge til seg pengene. Det er kun de to siste stadiene som er belagt med straff, den forberedende handling er altså straffefri.¹¹⁶ Forsøket foreligger typisk for tyven som blir oppdaget eller morderen som bommer. Forsøkshandlingen er beskrevet i strl.§ 49 som en handling som ikke er fullbyrdet men ”hvorved dens Udførelse tilsigtedes paabegyndt.” I dette ligger det at gjerningspersonen skal ha hatt et fullbyrdelsesforsett.¹¹⁷ En viktig presisering er det verdt å komme med innledningsvis. Strl.§ 49 gjelder kun for forbrytelser, noe som tilsier at forsøk på forseelser

¹¹⁶ Se Andenæs (2004) s. 345, Eskeland (2006) s. 218, Mæland (2004) s. 75 og Slettan/Øie (2001) s. 77.

¹¹⁷ Se Andenæs (2004) s. 348, Eskeland (2006) s. 214, Mæland (2004) s. 70 og Slettan/Øie (2001) s. 80.

i straffeloven ikke er straffebelagt.¹¹⁸ Derimot kan forsøk være straffebelagt i spesiallovgivningen, for eksempel legemiddeloven § 31. Det jeg skal se på i denne delen av oppgaven er om dette fullbyrdselsesforsettet kan statueres ved dolus eventualis.

8.2 Fullbyrdselsesforsettet

Strl.§ 49 snakker altså om ”Udførelse tilsigtedes paabegyndt.” Denne formuleringen kunne ledet tankene hen mot at det kreves en viss hensikt fra gjerningspersonen, skadehensikt, vinningshensikt og liknende. Det er dog sikker rett for at en slik hensikt ikke kreves, det holder med vanlig forsett vedrørende handlingen.¹¹⁹ Forsettet må dekke alle momentene i gjerningsbeskrivelsen. Dette fullbyrdselsesforsettet er også lagt til grunn i rettspraksis. Se i så måte for eksempel Rt. 1999 s. 874, samt Rt. 2005 s. 314 der uaktsomt forsøk ikke var ansett straffbart. Sagt med andre ord, må gjerningspersonen ha forsett om å utføre handlingen beskrevet i straffebudet. Forsettet kan selvfølgelig statueres ved et hensiktsforsett, men det er ikke nødvendig.¹²⁰

8.3 Dolus eventualis som fullbyrdselsesforsett

Formuleringen av dolus eventualis ved forsøket blir så godt som lik som ved fullbyrdet forbrytelse. Har gjerningspersonen innsett muligheten for at et visst resultat kan inntreffe og han har bestemt seg for at selv om det resultat vil inntreffe vil han handlingen gjort, kan han sies å ha fullbyrdselsesforsett.

For å formulere dolus eventualis ved forsøket er det enkleste eksempelet å ta utgangspunkt i strl.§ 233. A skyter mot B, men sikter for dårlig og bommer. Om A her har innsett muligheten for at han kan treffe, og han har bestemt seg for at selv om skuddet får dødelig utgang, ville han ha løsnet skudd. Han kan da dømmes for forsøk på forsettlig drap etter strl.§ 233 jfr.§ 49. Den kriminelle vilje viser seg ved at A ville skutt selv om det hadde døden til følge og både straffverdighet så vel som prevensjon taler for straff.

¹¹⁸ Se Andenæs (2004) s. 344, Eskeland (2006) s. 211, Mæland (2004) s. 69 og Slettan/Øie (2001) s. 77.

¹¹⁹ Se Andenæs (2004) s. 356, Eskeland (2006) s. 211, Mæland (2004) s. 70 og Slettan/Øie (2001) s. 80.

¹²⁰ Se Rt. 1991 s. 1738, Politigissel, som et eksempel det gjerningspersonens forsett var hensikt.

En kan også tenke seg narkotikatilfelle med forsøk på smugling. Gjerningspersonen innser at det er mulig pakken han skal ha med seg inneholder narkotika, og han bestemmer seg for at selv om pakken skulle inneholde narkotika så ville han tatt den med over grensen.

Dersom pakken kun inneholder koffeintabletter, kan gjerningspersonen likevel straffes for forsøk på narkotikaforbrytelse etter strl. § 162 jfr. § 49. Rt. 2001 s. 58, referert under punkt 4.3.3 er et eksempel på *dolus eventualis* anvendt på et forsøksstilfelle. Likeså Rt. 1980 s.979 referert under punkt 4.4.3.

8.4 Det utjenelige forsøk

Ikke alle forsøkshandlinger har like stor mulighet for å oppnå sitt mål. Tilfeller der handlingen ikke under noen omstendighet kan fullbyrdes, kalles utjenelig forsøk.¹²¹ Det er ikke noe krav om hensikt i å foreta den kriminelle handling, vanlig forsett er tilstrekkelig.¹²² Som eksempel kan nevnes ”morderen” som gir offeret melis istedenfor arsenikk, den berusede personen som skal kjøre vraket uten motor han har i hagen eller tyven som tar sin egen ting. I de aller fleste slike situasjoner kan gjerningspersonen dømmes for forsøk. En sier at norsk rett bygger på det subjektive forsøksprinsipp, dette henger sammen med at det er gjerningspersonens oppfatning en legger til grunn.¹²³ Dog oppstilles det unntak for tro på overnaturlige fenomener og trolldom. Riktignok er straffverdigheten stor nok for den som ved hjelp av voodoo søker å ta en annens liv, men da det neppe kan antas å ha særlig effekt, taler ikke hensynet til prevensjon særlig sterkt.¹²⁴

Ved forsett i form av *dolus eventualis* må gjerningspersonen som inngangsvilkår ha innsett muligheten av at straffebudet oppfylles. Som nevnt over i punkt 4.2 stilles det ikke sterke krav til sannsynlighet vedrørende ”mulig.” Ved forsøkshandlingen må altså gjerningspersonen ha innsett at det er mulig gjerningsbeskrivelsen blir oppfylt ved hans

¹²¹ Se Andenæs (2004) s. 352, Eskeland (2006) s. 212 og Mæland (2004) s. 74.

¹²² Se pkt. 8.2.

¹²³ Se Andenæs (2004) s. 353, Eskeland (2006) s. 212 og Mæland (2004) s. 74.

¹²⁴ Se Andenæs (2004) s. 354 og Eskeland (2006) s. 212.

handling. Dette harmoniserer for så vidt godt med det subjektive forsøksprinsipp. Har ikke gjerningspersonen engang sett resultatet som mulig kan han ikke straffes for forsøket. Og motsatt, har ”morderen” innsett det som mulig at offeret kan dø av en allergisk reaksjon som følge av melisen, og ”morderen” har bestemt seg for at selv om offeret dør vil han gi han melis. Det foreligger da forsett i form av dolus eventualis. Det er den subjektive kriminelle vilje en søker straffet her, men at tilfellet skulle komme opp i en sak er vel heller lite sannsynlig.

8.5 Straffebud som kriminaliserer forsøkshandlingen

8.5.1 Innledning

Forsøkshandlingen er som sagt i punkt 8.1 straffbar ved alle straffebud, om det står eksplisitt eller ikke. Samtidig er det enkelte straffebestemmelser som retter seg mot den handling som vanligvis ville blitt kalt forsøk. Altså ligger det her en fremskutt fullbyrdelse da de tidligere stadier enn den fullbyrdede handling straffelegges. Ved disse handlingene har sonderingen forsøk og fullbyrdelse ingen betydning. Som et resultat av dette kan en si at en ikke kan ha et forsøk på et forsøk.¹²⁵ Men like fullt må gjerningspersonen ha utvist forsett med tanke på hele gjerningsbeskrivelsen der forsett er kravet for utvist subjektiv skyld.

8.5.2 Dolus eventualis ved forsøkshandlingen

Drøftelsen av dolus eventualis blir da her den samme som ved forsøkshandlinger ellers. En kan ta strl.§ 201a som eksempel, som straffelegger det å møte en mindreårig med det forsett å begå en seksuell krenkende handling.

Bestemmelsen er noe spesiell, den inneholder for så vidt to forsettskrav. For det første forsett med tanke på å dra til møtestedet. Samt forsett med tanke på å utføre en handling som beskrevet i strl.§§ 195, 196 eller 200. Dog må nødvendigvis en drøftelse av dolus eventualis rettes mot sistnevnte forsett. Å konstatere at gjerningspersonen har reist

¹²⁵ Se Andenæs (2004) s. 346 og Eskeland (2006) s. 219.

forsettelig er i høyden unødvendig. Det er videre et interessant valg av formulering som ligger til grunn i bestemmelsen. ”(...)med forsett om å begå(...)” Dette må være for å rekke videre enn kun de som har til hensikt å begå en slik handling, og da også ramme de som holder det som mest sannsynlig. Forarbeidene fremholder også at vanlig forsett er tilstrekkelig.¹²⁶

Å formulere et *dolus eventualis*-resonnement etter bestemmelsen blir da greit. Gjerningspersonen må ha innsett muligheten for at møtet kan ende med slik seksuell handling/omgang, og han har bestemt seg for at selv om et slikt resultat skulle inntreffe ville han dratt til møtestedet.

Et slikt resonnement er i samsvar med resonnementet i kjennelsen inntatt i Rt. 2007 s. 1559, Kakekasterkjennelsen, referert over i punkt 4.4.3. Strl.§ 99 likestiller forsøket og den fullbyrdede handling, altså den som hindrer eller forsøker å hindre.

8.6 Straffebud som kriminaliserer forberedelseshandlingen

8.6.1 Innledning

Som ved forsøkshandlingene over er også dette et område der fullbyrdelsen blir fremskutt i og med at handlinger som ikke ville blitt sett på som mer en forberedelse nå er fullbyrdelse. Selv om de forberedende handlinger som hovedregel er straffefrie, er det enkelte handlinger som ellers ville vært å anse som forberedende som er straffebelagt. Den straffefrie forberedelseshandlingen kan bestå i så mangt, som for eksempel å kjøpe våpen en skal bruke i et ran. Derimot om to eller flere avtaler et ran er det straffebelagt jfr. strl.§ 269. Jeg skal nå se nærmere om forsett i form av *dolus eventualis* kan konstateres ved straffebud som kriminaliserer den forberedende handling. Strl.§147a og 233a er begge strenge bestemmelser som setter straffen for forberedelseshandlingen til henholdsvis 12 og 10 år i fengsel.

¹²⁶ Se Ot.prp.nr.18 (2006-2007) punkt 7.1.

8.6.2 Dolus eventualis ved forberedelseshandlingen

Som eksempler her kan en se på strl. §§ 147a (3), 233a og 269 om å, henholdsvis, inngå forbund om terror, drap eller ran. En viktig presisering angående § 269 er på sin plass. Andre straffealternativ krever en egen ranshensikt og dolus eventualis er således allerede utelukket fra alternativet, men i forhold til første ledd holder det med vanlig forsett. Av samme grunn vil et dolus eventualis-resonnement ikke kunne brukes ved strl. § 166 som krever en hensikt i å begå en forbrytelse. Utenom dette er det forsett som er skyldgraden for å dømme for overtredelse av bestemmelsene.

I forhold til § 269 holder det at A og B har truffet en avtale om å begå et ran, forbrytelsen er altså fullbyrdet i og med inngåelsen av avtalen.¹²⁷ Forsettet må altså rette seg mot det å inngå en avtale om å begå et ran. For å konstatere dolus eventualis må gjerningspersonen ha innsett muligheten for at han nå inngår en avtale om å utføre et ran, og han har bestemt seg for at selv om dette skulle være en avtale om å inngå et ran, så ville han inngått den. Resonnementet blir det samme etter strl. § 233a. Har gjerningspersonen innsett muligheten for at han nå inngår en avtale om drap og han har bestemt seg for at selv om dette er en avtale om drap, så vil han inngå avtalen. Liknende formulering får en ut av strl. § 147a. Har gjerningspersonen innsett muligheten for at han nå inngår et forbund om å utføre en terrorhandling, og han har bestemt seg for å inngå forbundet selv om det skulle vise seg å være et forbund om å inngå en terrorhandling.

Når det gjelder strl. § 269 så har den, i motsetning til §§ 147a og 233a, et medvirkningstillegg. Det betyr at medvirkning til en inngåelse om et ran er straffbart. § 233a refererer riktignok til § 233 der medvirkning til drap også er straffebelagt, men det betyr da at å inngå forbund om medvirkning til drap er straffbart. Ikke at medvirkningen til selve inngåelsen er straffbar. Som nevnt over i punkt 7.3 kreves det utvist forsett i henhold til straffebestemmelsen for å dømme for medvirkning. Å konstatere medvirkning her med tanke på dolus eventualis vil bli som ellers for medvirkningsdeliktene se punkt 7.

¹²⁷ Se Andenæs (1996) s. 89.

8.7 Oppsummering

Det kan etter min mening stilles spørsmål om *dolus eventualis* som forsettsform er egnet ved den straffebelagte forberedelseshandlingen. For det første, rent praktisk, vil bevissspørsmålene ofte være for vanskelige til å få en domfellelse. Dessuten, å konstatere forsett der gjerningspersonen kunne innsett muligheten for at han inngikk et forbund om terror, drap eller ran virker noe underlig. Gjerningspersonen har først inngått en avtale uten at han eksakt vet hva den dreier seg om, men han ville inngått avtalen selv om det var en avtale om terror, drap eller ran. En kan spørre seg om gjerningspersonen i det hele tatt faller inn under den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet. Etter min mening kan det vanskelig sies at gjerningspersonen i et sånt tilfelle *har* inngått en avtale om for eksempel å begå et ran. I selve språkbruken om å inngå en avtale ligger det at det er en avtale om noe bestemt, likeså ved en inngåelse av et forbund. Med andre ord positiv kunnskap fra gjerningspersonen om hva man inngår. Etter et *dolus eventualis*-resonnement, kunne gjerningspersonen innsett muligheten for at det var en avtale om disse handlinger. Han vet ikke faktisk *at* avtalen går ut på å inngå et forbund. Og etter min mening kan en da ikke si at han har inngått en avtale om å begå de handlinger som bestemmelsene regulerer. Jeg heller til, etter dette, at forsettsformen *dolus eventualis* ikke kan benyttes for å konstatere forsett i straffebud som kriminaliserer forberedelseshandlingen.

Vi får da den litt spesielle situasjonen at for den direkte gjerningsperson kan ikke forsettet konstateres ved *dolus eventualis*, mens medvirkeren etter strl.§ 269 kan felles etter et *dolus eventualis*-resonnement. Medvirkeren har her medvirket til at avtalen kommer i stand. Han har innsett muligheten for at en avtale om ran kan komme i stand, og han har bestemt seg for å utføre sine handlinger selv om det er med på å fremme en slik avtale. Jeg er mer tilbøyelig til å si at medvirkeren har oppfylt gjerningsbeskrivelsen enn gjerningspersonen etter et *dolus eventualis*-resonnement.

9 Litteraturliste

- Andenæs, Johs. *Formuesforbrytelsene*. 6.utg. Oslo, 1996.
- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utg. Oslo, 2004.
- Andersen, Kjell V. *Dolus eventualis*. I: Jussens Venner 1996 s. 116-136.
- Cavallin, Samuel *Skuld*. Uppsala, 1999.
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001.
- Eskeland, Ståle *Strafferett*. 2. utg. Oslo, 2006.
- Fleischer, Carl August *Rettskilder og juridisk metode*. Oslo, 1998.
- Graver, Hans Petter *Rettsretorikk*. Oslo, 2007.
- Jacobsen, Jørn R.T. *Bokanmeldelse*. I: Tidsskrift for strafferett 2006 nr. 4. ”Ny litteratur og forskning av Runar Torgersen.” s. 347-359.
- Jareborg, Nils *Allmän kriminalrätt*. Uppsala, 2001.
- Mæland, Henry John *Innføring i alminnelig strafferett*. 3. utg. Bergen, 2004.
- Ross, Alf *Forbrydelse og straf*. København, 1974.
- Slettan, Svein og Øie, Toril Marie *Forbrytelse og straff. Bind 1: innføring i strafferett*. Oslo 2001.
- Waaben, Knud *Nyere domme om dolus eventualis*. I: Festskrift til Johs. Andenæs på 70-årsdagen 7. september 1982. Oslo, 1982 s. 401-410.
- NOU 1983:57 Straffelovgivingen under omforming.
- NOU 1992:23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser.
- NOU 2002:4 Ny straffelov
- Ot.prp.nr. 90 (2003-2004). Om lov om straff.
- 1814 Kongeriget Norges Grundlov (grunnloven) av 17. mai 1814.
- 1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.
- 1992 Lov om legemidler m.v. (legemiddeloven) av 4. desember 1992 nr. 132

2005 Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28.

Rt. 1933 s. 1132

Rt. 1936 s. 612

Rt. 1945 s. 109

Rt. 1972 s. 289

Rt. 1974 s. 622

Rt. 1978 s. 147

Rt. 1979 s. 1097

Rt. 1980 s. 979

Rt. 1984 s. 875

Rt. 1991 s. 600

Rt. 1991 s. 741

Rt. 1991 s. 1738

Rt. 1992 s. 334

Rt. 1995 s. 128

Rt. 1999 s. 874

Rt. 2000 s. 2072

Rt. 2001 s. 58

Rt. 2003 s. 118

Rt. 2004 s. 1565

Rt. 2004 s. 1769

Rt. 2005 s. 83

Rt. 2005 s. 314

Rt. 2007 s. 1559

NJA 1975 C 10

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>

10 Lister over tabeller og figurer m v

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>